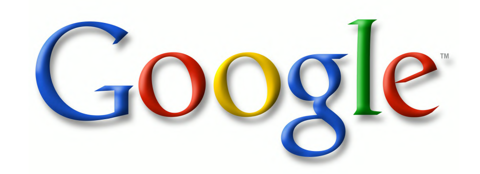
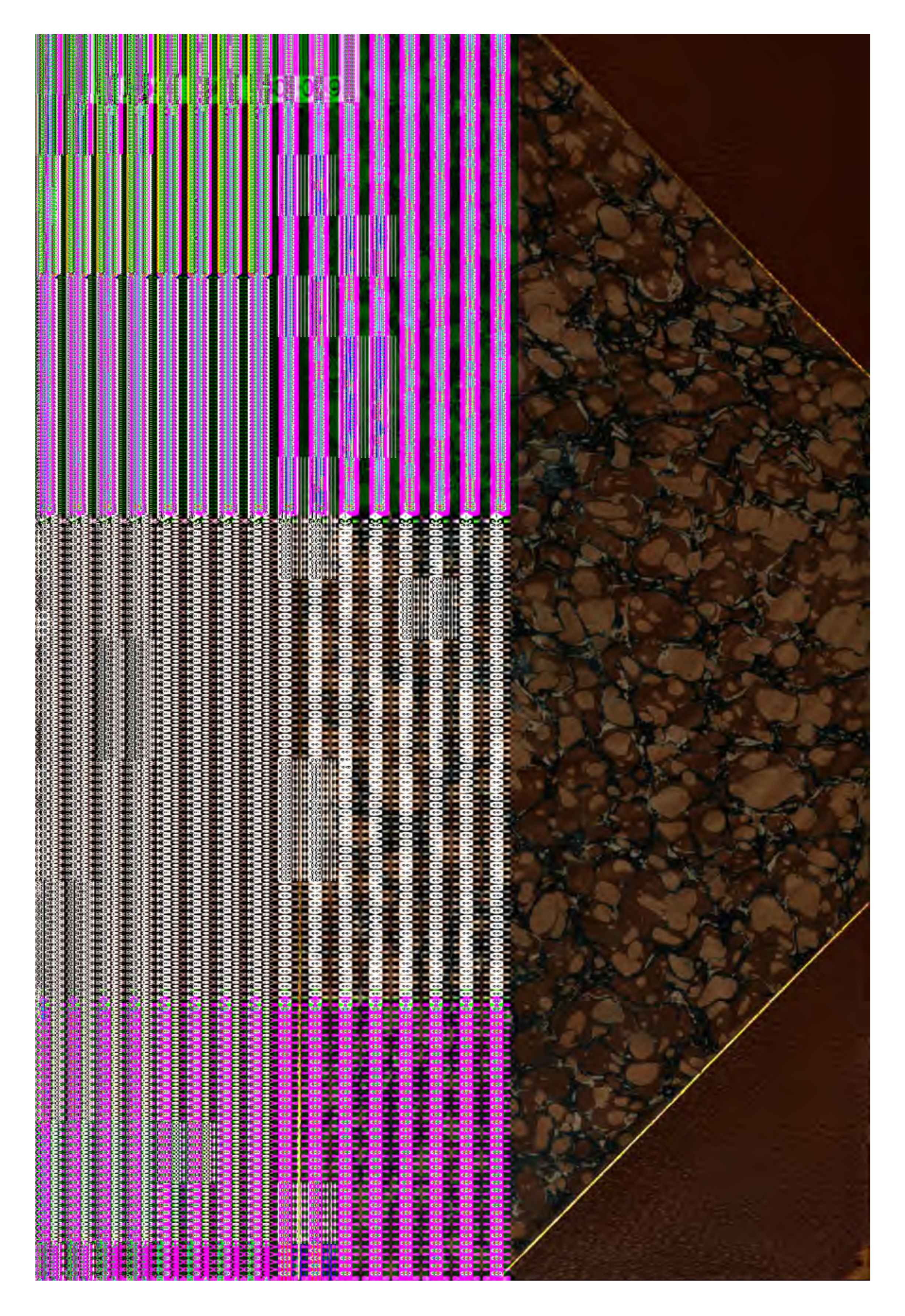
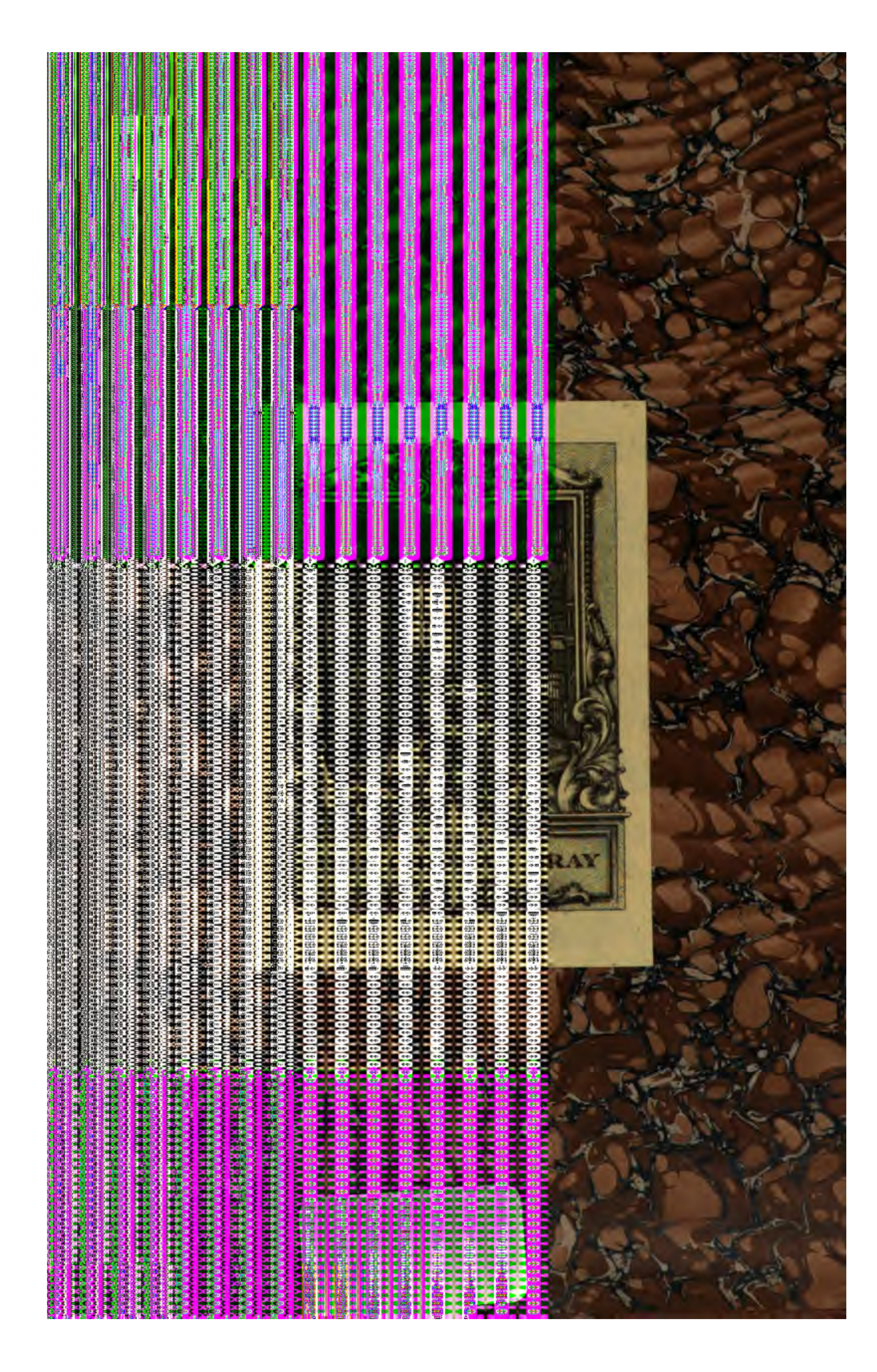
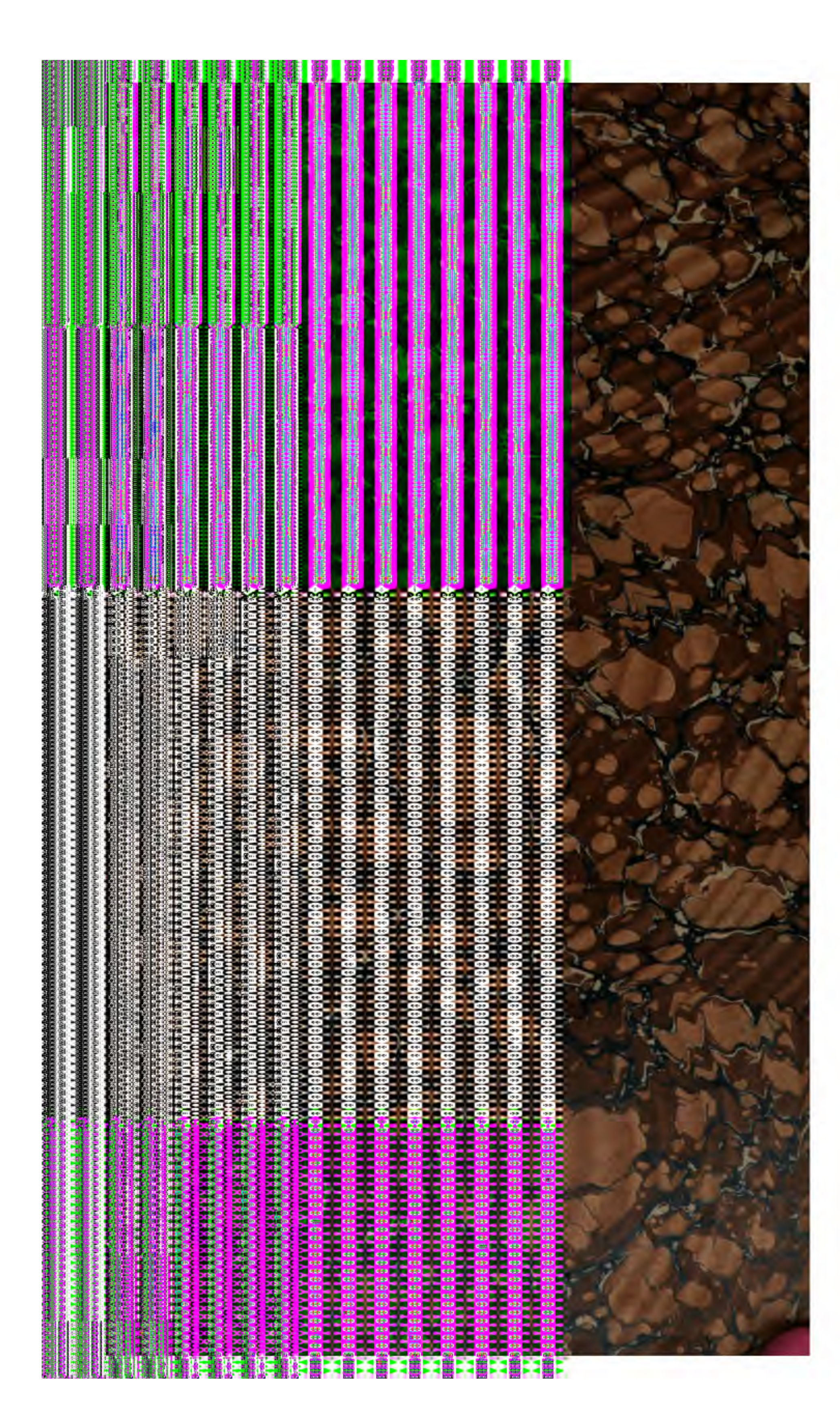
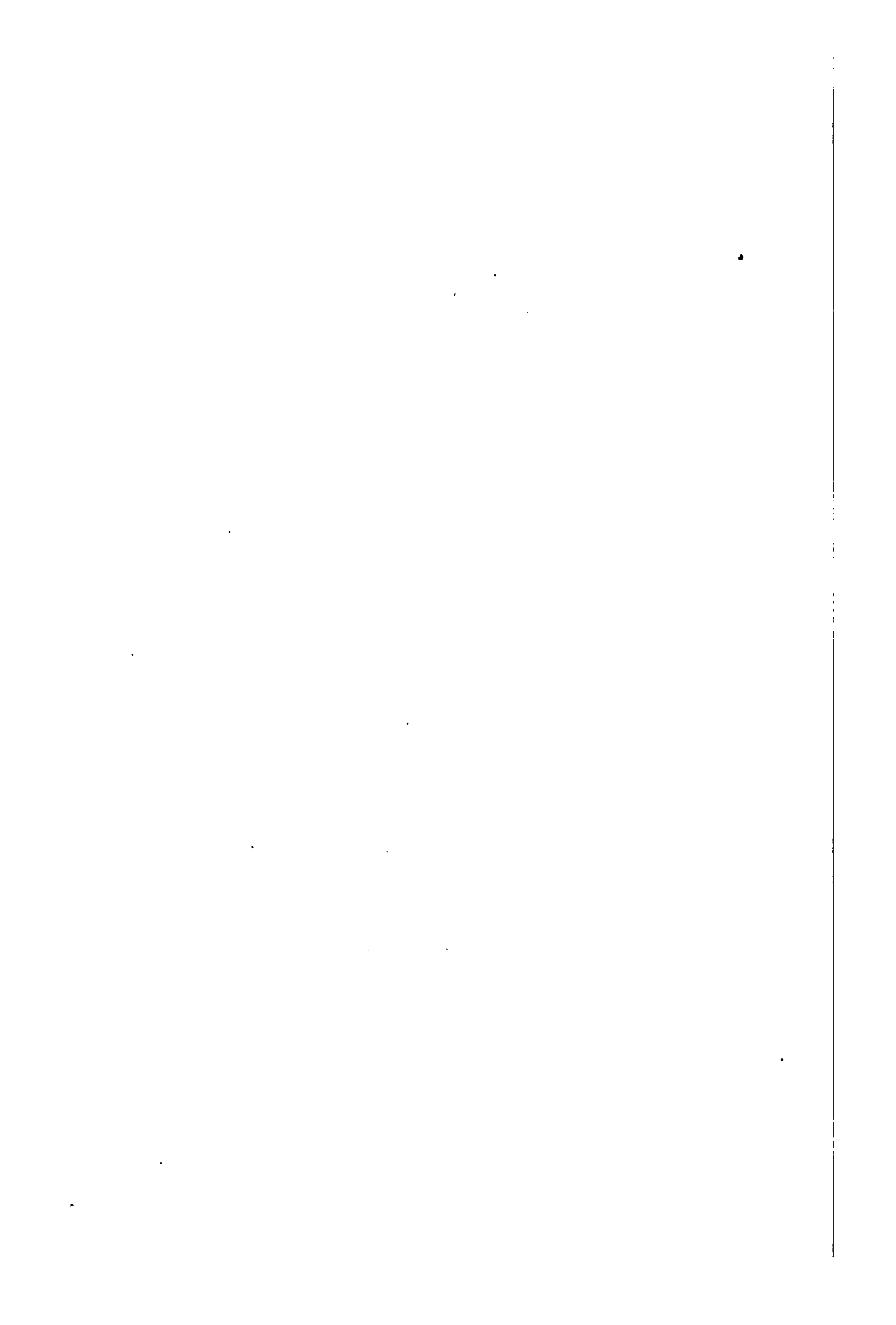








GERMANY



Besitz und Besitzschutz.

Studien über alte Probleme.

Von

E. Meischeider,

königlich preußischem Appellationsgerichtsrath in Celle.

> **Multae reperiuntur definitiones a Doctoribus traditae, quae omnes mutuis telis corruunt.**
>
> **Alciat. comment. in l. 1 pr. de poss.**

Berlin, 1876.

Verlag von Franz Vahlen.

Vorwort.

Der Kern der Ergebnisse, zu welchen den Verfasser seine Untersuchungen geführt haben, liegt in den im ersten Kapitel enthaltenen Erörterungen über den Begriff des Besitzes. Der Standpunkt, den der Verfasser dem römischen Recht gegenüber einnimmt, ist in den auf dem Titelblatt vorangestellten Worten Alciat's angedeutet, die der Verfasser noch heut für wahr hält. Das Wesen des römischen Besitzes und des römischen Besitzschutzes einheitlich zu bestimmen, ist noch nicht gelungen, eine einheitliche Rechtsidee, als deren Ausprägung der römische Besitzschutz, so wie er sich gestaltet hat, angesehen werden kann, noch nicht aufgefunden. Die Versuche, der Aufgabe gerecht zu werden, haben sich seit dem Erscheinen der Monographie Savigny's gehäuft. Und doch steht die heutige Zeit der Lösung des Problems kaum näher, als die Zeit der Glossatoren. Der Verfasser will keinen neuen Versuch der Lösung wagen. Er ist überzeugt, daß jeder Versuch dem „mutuis telis corruunt" Alciat's verfallen muß. Gäbe es eine Lösung, so müßte sie gefunden sein. Diese Ueberzeugung hat dem Verfasser den Weg gewiesen, nach den Gründen zu suchen, welche die Unlösbarkeit des Problems bedingen. Die Gründe hat er in gewissen eigenthümlichen Erscheinungen des römischen Rechts- und Verkehrslebens, insbesondere in der den Römern eigenthümlichen, zumal der älteren Gestaltung des Sachenrechts und des sachenrechtlichen Schutzes gefunden.

Hierin liegt für den Verfasser die Erklärung dafür, daß bei dem Wiederaufleben des römischen Rechts im Mittelalter die Schwierig-

keiten, in den Geist des römischen Rechts einzubringen, auf keinem Gebiete größer gewesen sind, als auf dem des Besitzes und des Besitzschutzes. Von den Glossatoren hebt eine neue Rechtsentwickelung an, welche vom römischen Recht zuletzt wenig mehr, als äußere Formen, behalten hat. Diese Entwickelung hat der Verfasser bis in die neueren Codificationen verfolgt. Bahn gebrochen durch die scheinbare Wildniß haben schon Bruns und Delbrück. Der erstere hat die späteren Rechtsbildungen zumeist auf Mißverständnisse des römischen Rechts, der letztere hat sie auf germanische Rechtsideen zurückzuführen gesucht. Der Verfasser hat bloße Irrthümer in einer Rechtsentwickelung, welche Jahrhunderte angedauert hat, nicht zu erkennen vermocht. Auf der anderen Seite theilt er auch die Tendenz Delbrück's nicht, gewisse Resultate jener Rechtsentwickelung als geltendes Recht hinzustellen, eine Tendenz, durch welche Delbrück häufig in der Beurtheilung der Rechtsauffassungen des Mittelalters auf Irrwege gerathen ist. Der Verfasser ist dahin gelangt, in den späteren Rechtsgestaltungen Producte einer unter dem Einfluß deutschrechtlicher Anschauungen stattgehabten Fortbildung des römischen Rechts und als den Gedanken, der in jenen Rechtsgestaltungen sich ausgeprägt hat, den zu erkennen, daß der Besitzschutz eine Form des Schutzes des Rechts ist, das sich im Besitz realisirt hat.

Das römische Recht stellt den Rechtsschutz ausschließlich auf den Erwerb des Rechts und läßt aus dem Erwerb auf das Nochvorhandensein des Rechts schließen. Im deutschen Recht ist der Rechtsschutz an das Dasein, die Erscheinung des Rechts geknüpft. In diesem Gegensatz beider Rechte zu einander sieht der Verfasser einen Grund dafür, daß im römischen Recht Besitz und Besitzschutz zu der gedankenmäßigen Vollendung nicht haben gelangen können, die sich an anderen Rechtsinstituten des römischen Rechts zeigt, und daß das germanische Recht, wie wenig dasselbe im übrigen einen Vergleich mit dem römischen auszuhalten vermag, den Gedanken, der im römischen Besitzschutz unentwickelt und verkümmert sich erkennen läßt, zur freien Entfaltung gebracht hat. Uebrigens ist der Verfasser weit entfernt

davon, die Entfaltung des germanischen Rechtsgedankes in römischrechtlicher Form, wie sie bei den Italienern mit Postius, bei den Deutschen mit Mevius ihren Höhepunkt erreicht hat, für ein absolut Besseres zu halten, als die römischrechtlichen Gestaltungen des sachenrechtlichen Schutzes und des Besitzschutzes.

Mit jener Entfaltung des germanischen Rechtsgedankens in römischrechtlicher Form bringt der Verfasser in Verbindung, daß die spätere Rechtsentwickelung eine strenge Scheidung des Possessoriums und des Petitoriums nicht kennt, daß beides in einander übergeht, daß selbst im Possessorium summariissimum die Beziehung auf das Recht niemals ganz zurücktritt, und daß das Possessorium ordinarium zu einem Rechtsmittel geworden ist, das mehr Verwandtschaft mit der publicianischen Klage, als mit den possessorischen Interdicten des römischen Rechts hat.

Von dem gewonnenen Standpunkt aus hat der Verfasser im zweiten Kapitel die Bestimmungen des römischen Rechts, welche den Erwerb, die Fortsetzung und den Verlust des Besitzes betreffen, beurtheilt und zu zeigen gesucht, wie diese Bestimmungen den Besitz zwischen dem Boden der bloßen Thatsache, auf den ihn die Dogmatik der Römer zu stellen gesucht hat, und dem Bereiche der subjectiven Rechte hin und her schwanken lassen. In dem auch hier hervortretenden Mangel des einheitlichen, gedankenmäßigen Abschlusses hat der Verfasser die Erklärung dafür gefunden, daß die Juristen des Mittelalters an die fraglichen Bestimmungen des römischen Rechts deutschrechtliche Anschauungen anknüpfen konnten. In Uebereinstimmung nämlich damit, daß im Mittelalter der Besitzschutz zu einer Form des Schutzes des Rechts wurde, das im Besitz sich realisirt hatte oder zu realisiren strebte, brachten die durch Verquickung römischen und deutschen Rechts entstandenen Rechtssätze über Erwerb, Fortdauer und Verlust des Besitzes das Rechtselement im Besitze dergestalt zum Ueberwiegen, daß das subjective Recht, dessen Bestimmung es ist, sich in der Herrschaft über die Sache zu

realisiren, vielfach mit der possessio identificirt wurde und ihre Stelle einnahm.

Im dritten Kapitel geht der Verfasser auf die iuris quasi possessio über, bestimmt ihre Bedeutung im römischen Recht und sucht zu zeigen, wie die spätere Rechtsentwickelung auch hier an die Schwächen des römischen Rechts, die durch den nicht erreichten Abschluß der Rechtsbildung und die mangelhafte Abrundung der Rechtsinstitute bedingt sind, angeknüpft, und wie der Rechtsbesitz allmählich unter dem Schutze scheinbarer Rechtsconsequenz das ganze Rechtsgebiet maß- und ziellos überwuchert hat und noch heutigen Tages Positionen einnimmt, auf die ihm weder die wahre Rechtsconsequenz noch das praktische Bedürfniß Anspruch geben.

In einen Anhang verwiesen sind die Proceßformen des römischen Besitzschutzes. Die materiellen Voraussetzungen der römischen, so wie der Rechtsmittel, welche der späteren Zeit angehören, sind in der Arbeit selbst behandelt. Es war also im wesentlichen nur formelles Recht nachzutragen. Die der späteren Rechtsentwickelung angehörigen Proceßformen zu besprechen lag nicht im Plane der Arbeit.

Eine vollständige Dogmengeschichte des eigentlichen römischen Rechts hat der Verfasser so wenig geben wollen, wie eine vollständige Darstellung der historischen Entwickelung jener mittelalterlichen Rechtsgestaltungen, welche zum Theil bis auf Savigny in Deutschland als Schöpfungen des römischen Rechts gegolten haben. Aber der Verfasser glaubt doch keins der wichtigeren Dogmen des römischen Rechts und keins der Hauptstadien der späteren Rechtsentwickelung übergangen zu haben. Von den neueren Codificationen sind nur diejenigen, welche, wie die preußische, die französische und die österreichische, längere Anwendung und wissenschaftliche Verarbeitung hinter sich haben, in den Kreis der Erörterung gezogen worden. In Ansehung des Rechtsbesitzes hat der Verfasser die Lehre vom Erwerbe, der Fortsetzung und dem Verluste des Besitzes bei Seite

liegen lassen. Der Standpunkt, den der Verfasser de lege condenda dem Rechtsbesitz gegenüber einnimmt, ist der Grund der Weglassung dieser, erst durch die nachrömische Behandlung des Rechtsbesitzes entstandenen Lehre.

Als Praktiker hat der Verfasser nicht umhin können, seine Untersuchungen auf practische Zwecke zuzuspitzen, indem er am Ende eines jeden der drei Haupttheile der Arbeit dargelegt hat, wie er sich nach dem Gange, den die Rechtsentwickelung bis auf die gegenwärtige Zeit genommen hat, den künftigen Abschluß dieser Rechtsentwickelung denkt.

Celle, im October 1875.

Inhaltsverzeichniß.

Erstes Kapitel.

Begriff des Besitzes.

I. Römisches Recht.

II. Spätere Rechtsentwickelung.

Zweites Kapitel.

Erwerb, Fortdauer und Verlust des Besitzes.

I. Erforderniße des Besitzerwerbes in Ansehung des Willens.

II. Apprehension.

II. Spätere Rechtsentwickelung.

Anhang.

Die Processformen des römischen Besitzschutzes.

Erstes Kapitel.

Begriff des Besitzes.

I. Römisches Recht.

§. 1. Grenzen des Besitzbegriffs.

Der Begriff des Besitzes im justinianischen Recht umfaßt die reale Macht über die Sache, welche ausgeübt wird 1) vom Eigenthümer, 2) von dem, der sich für den Eigenthümer hält, ohne es zu sein, 3) von dem, der ohne Eigenthümer zu sein und ohne sich dafür zu halten, unter Ausschließung des Eigenthümers mit der Sache ebenso schalten will, als wäre er der Eigenthümer, 4) vom Faustpfandgläubiger und vom hypothekarischen Gläubiger, welcher durch ein pactum de ingrediendo, auferendo, abducendo oder durch die hypothekarische Klage die reale Macht über die Sache erlangt hat, 5) von dem, welchem eine Sache precario überlassen ist, damit er sie besitze, 6) vom Sequester, wenn der Deponent seinen Besitz an der Sache mit der Deposition aufgegeben hat, 7) vom Emphyteuten. Besondere Rechtsmittel, die possessorischen Interdicte, sind gegeben, um unter bestimmten Voraussetzungen die gedachten Machtverhältnisse gegen Störung zu schützen und, wenn sie aufgehoben worden, ihre Wiederherstellung zu bewirken.

Auf possessorischen Schutz haben noch andere Machtverhältnisse der Person zur Sache Anspruch, nämlich 1) das des Usufructuars und das des Usuars, 2) das des Superficiars. Das Machtverhältniß des Usufructuars und das des Usuars werden jedoch nicht als Besitz der Sache aufgefaßt, sondern dahin bestimmt, daß das ius in re Gegenstand eines besitzähnlichen Verhältnisses, einer quasi possessio, ist. Auf das Machtverhältniß des Superficiars hat die Analogie des Ususfructus Anwendung gefunden.

Der Besitzbegriff hat ferner auf die Prädialservituten in der Art Ausdehnung erhalten, daß das ius in re Object des als quasi possessio bezeichneten besitzähnlichen Verhältnisses ist. Der possessorische Schutz ist jedoch nicht für alle Prädialservituten eingeführt. Er findet bei denjenigen statt, bei denen die iuris quasi possessio in der possessio des praedium dominans dergestalt aufgeht, daß ein Eingriff in die erstere eine Störung der letzteren enthält. In solchen Fällen wird das zum Schutz des Sachbesitzes dienende Interdict gegeben. Außerdem sind für einige andere Servituten besondere possessorische Interdicte bestimmt. Uneingeschränkte Anwendung auf die Prädialservituten hat aber der Besitzbegriff insofern, als in Ansehung aller die iuris quasi possessio bei bestimmter längerer Zeitdauer und beim Zusammentreffen bestimmter anderer Voraussetzungen zum Erwerbe des Rechts selbst zu führen geeignet ist.

Die Rechtsbücher sprechen auch von einer possessio hereditatis. Dieselbe hat aber im justinianischen Recht nur die praktische Bedeutung, daß sie der Inbegriff der Voraussetzungen des Beklagtenverhältnisses bei der hereditatis petitio ist. Ebenso wird der Ausdruck possessio libertatis für das Beklagtenverhältniß bei der vindicatio in servitutem gebraucht. Diese Anwendungen des Ausdrucks possessio sind ohne Consequenzen für die Ausdehnung des Besitzbegriffs.

Das Wort possessio wird endlich an einigen Stellen der Rechtsbücher ohne alle Beziehung auf ein Beklagtenverhältniß zur Bezeichnung des faktischen Zustandes angewendet, der sich äußerlich als ein bestimmter personenrechtlicher status darstellt, auch wenn er in Wahrheit kein solcher ist. In diesem Sinne wird von der possessio libertatis, ferner von der possessio servitutis, als dem Zustande der Sclaverei, und von der possessio libertinitatis und ingenuitatis, gesprochen. Hier ist nur ein gelegentlich vorkommender Sprachgebrauch in Frage, der ohne Bedeutung sein würde, wenn er nicht für die Ausdehnung des Besitzbegriffs im Mittelalter einen willkommenen Anhalt geboten hätte.

Bei Prüfung der Lösbarkeit der Aufgabe, aus dem Resultat der Rechtsentwickelung im justinianischen Recht einen allgemeinen Begriff des Besitzes zu gewinnen, müssen die Fälle der iuris quasi possessio ausscheiden. Die Bezeichnung „quasi possessio“ ist Grund genug, um in der Natur der Verhältnisse, die mit dieser Bezeichnung

belegt werden, die Bestimmung des Wesens der possessio nicht zu suchen. Dagegen werden in den Rechtsbüchern alle Fälle der eigentlichen possessio in durchaus gleicher Weise behandelt, und es findet sich keine Spur davon, daß in dem einen oder dem anderen Falle die Rechtsconsequenz, wenn eine solche überhaupt aufzufinden ist, durch die Annahme einer possessio nicht vollständig gewahrt bleibe.

§. 2. Grundlage des Besitzbegriffs und ihre rechtlichen Bestimmungen.

Als Grundlage des Besitzes gilt den römischen Juristen das räumliche Verhältniß des Menschen zu einer Sache, in welchem sich die Sache als dem Menschen in der Gesammtheit ihrer Beziehungen unterworfen äußerlich darstellt. Auf diese Grundlage wird der Besitz in der nach l. 1 pr. de poss. von Labeo und Paulus versuchten etymologischen Ableitung des Wortes possessio zurückgeführt. Das fragliche Verhältniß ist, so oft es als bloßes Raumverhältniß in Betracht kommt, juristisch bedeutungslos. Es kann der Herrschaft des Rechts nur verfallen, wenn es zum Bewußtsein des Menschen gelangt und vom Willen des Menschen erfaßt wird. Daher kann kein Besitz erworben werden ohne Willensfähigkeit des Erwerbenden. Paulus drückt dies dahin aus, daß die affectio tenendi zum Erwerbe erfordert werde. Er stellt daher den furiosus, der eine Sache körperlich berührt, dem Schlafenden gleich, dem ein Gegenstand in die Hand gelegt wird.[1])

Entscheidend aber ist das Vorhandensein der natürlichen Willensfähigkeit, nicht das der Fähigkeit zu juristischen Handlungen. Paulus referirt, die Frage, ob ein Pupill durch eigene Thätigkeit ohne auctoritas tutoris Besitz werden könne, sei von Ofilius und dem jüngeren Nerva bejaht worden, weil es sich um eine res facti, non iuris handle. Er billigt die bejahende Antwort mit der Modification, daß der Pupill wissen müsse, was er wolle.[2]) Die Rechtsregel, nach welcher ein Pupill ohne auctoritas tutoris gültige Rechtshandlungen nicht vornehmen kann, soll also auf den Besitzerwerb keine Anwendung finden. Auf den Mangel der natürlichen Willensfähigkeit und gleichzeitig auf die factische Natur des Besitzes wird auch der Satz

[1]) l. 1 § 3 de poss.
[2]) ibid.

zurückgeführt, daß gegen eine hereditas iacens kein furtum verübt werden könne. Als Grund nämlich gibt Ulpian an, quia possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi.[1]) Auf die factische Natur des Besitzes gründet ferner Papinian die Unterbrechung der Ersitzung durch Gefangenschaft ohne Postliminium mit den Worten: possessio autem plurimum facti habet, causa vero facti non continetur postliminio, während freilich derselbe Papinian dem aus der Gefangenschaft Zurückkehrenden durch restitutio in integrum zur Wiedererlangung des durch die Gefangenschaft verlorenen Besitzes verholfen wissen will.[2]) Paulus wiederum referirt, die Frage, ob eine Ehefrau, zu deren Gunsten der Ehemann schenkungsweise den Besitz einer Sache aufgebe, den Besitz der Sache erwerbe, werde von den meisten Juristen bejaht, quoniam res facti infirmari iure civili non potest.[3])

In den angegebenen Beziehungen soll durch die factische Natur des Besitzes die Anwendung der für subjective Rechte geltenden Normen auf den Besitz gehindert werden. Auf der anderen Seite kann Niemand Besitz für sich erwerben, der nicht Rechte für sich zu erwerben im Stande ist. Demjenigen, der sich in aliena potestate befindet, wird die Fähigkeit, Besitzer zu sein, abgesprochen, und als Grund dafür von Papinian angegeben, quia possessio non tantum corporis sed et iuris est.[4])

Der Besitz stößt also die für subjective Rechte gegebenen Normen bald ab, bald unterwirft er sich ihnen. Papinian drückt dies Verhältniß des Besitzes zu jenen Normen dahin aus, daß er den Besitz bei ihnen Anleihen machen läßt.[5])

Die affectio tenendi, von der gesagt worden ist, daß ohne sie das als Grundlage des Besitzes hingestellte Raumverhältniß juristisch bedeutungslos bleiben müsse, macht dasselbe aber noch nicht zum Besitz. Dazu ist der besonders geeigenschaftete Wille nothwendig, wie ihn nur die Personen, denen im § 1 Besitz zugeschrieben worden ist, haben. Dieser Wille kann einem anderen beiwohnen, als dem-

---

[1]) l. 1 § 15 si is qui test. liber.
[2]) l. 19. 23 § 2 ex quib. caus. mai.
[3]) l. 1 § 4 de poss.
[4]) l. 49 § 1 de poss.
[5]) l. 49 pr. de poss.

jenigen, der die Sache mit der affectio tenendi inne hat. Daher kann der Besitz durch Stellvertreter erworben werden. Der Erwerb des Besitzes durch unfreie Repräsentanten steht unter denselben Bedingungen, wie der Erwerb subjectiver Rechte durch dergleichen Vertreter. Dasselbe gilt von freien Repräsentanten. Doch ist die Möglichkeit des Besitzerwerbes durch die letzteren nicht die Folge der Anwendung einer für den Erwerb subjectiver Rechte gegebenen Rechtsnorm auf den Erwerb des Besitzes. Vielmehr hat die Möglichkeit des Rechtserwerbes durch freie Repräsentanten ihren Ausgangspunct vom Besitze genommen. Modestinus, der noch auf dem älteren Standpunkt steht, motivirt in der l. 53 de adq. rer. dom. den Gegensatz des Besitzerwerbes und anderen Erwerbes rücksichtlich der Möglichkeit der Stellvertretung, wie folgt: Ea, quae civiliter adquiruntur per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus. Zum Besitzerwerbe erschien es genügend, wenn ein durch den Willen des Repräsentanten und dessen reale Macht über die Sache vermitteltes Machtverhältniß des Repräsentirten zur Sache hergestellt wurde, das für die Sicherheit des Erwerbes eine Gewähr bot, welche hinter der Gewähr, die ein unmittelbares Herrschaftsverhältniß des Erwerbenden zur Sache gab, möglichst wenig zurückblieb. Sonach fand zwischen dem Besitzerwerbe uud dem Erwerbe subjectiver Rechte eine Wechselwirkung in der Art statt, daß auf der einen Seite Normen, die den Erwerb subjectiver Rechte durch Stellvertreter regelten, auch den Erwerb des Besitzes bestimmten, und daß auf der anderen Seite für den Besitzerwerb durch Stellvertreter eigene Rechtsnormen entstanden, welche für den Erwerb subjectiver Rechte, soweit deren Erwerb vom Erwerbe des Besitzes abhängig war, unmittelbar galten, die aber dann auch über den Kreis dieser Rechte hinaus Anwendung fanden. Damit mußte sich der Natur der Sache nach der Begriff des Besitzes von jenem als seine Grundlage angenommenen Raumverhältnisse so weit entfernen, daß man Besitzer werden konnte, ohne in ein solches Verhältniß zur Sache zu kommen.

Noch geringer ist der Zusammenhang des Besitzes mit dem fraglichen Raumverhältnisse, wenn nicht mehr der Erwerb des Besitzes, sondern die Fortdauer eines erworbenen Besitzes in Frage kommt. Der Besitz kann unter bestimmten Voraussetzungen fort-

dauern, auch wenn weder der Besitzer, noch ein freier oder unfreier Repräsentant desselben in irgend einem räumlichen Verhältnisse zur Sache steht, ja sogar dann, wenn ein Dritter sich ungehindert und in gutem Glauben der besessenen Sache bemächtigt hat. Er steht hier unter seinen eigenen Rechtsnormen, die nur zum Theil den Rechtssätzen entlehnt sind, welche die Fortdauer subjectiver Rechte betreffen. Zu diesen entlehnten Rechtsnormen gehört die Bestimmung, nach welcher der ohne auctoritas tutoris geäußerte Wille eines Pupillen, seinen Besitz aufzugeben, an sich ebenso ohne Wirkung ist, wie der Wille eines Pupillen, eines subjectiven Rechts sich zu entäußern, wenn der Willenserklärung die auctoritas tutoris fehlt.[1])

Auch insofern zeigt sich die Verbindung des Besitzes mit jener angenommenen Grundlage loser, als der Besitz trotz der Fortdauer des Raumverhältnisses des Besitzers zur Sache aufhören kann, und zwar nicht blos dann, wenn sich die affectio tenendi des Besitzers in ihr Gegentheil verwandelt, sondern auch dann, wenn der bisherige Besitzer den seinem Besitze entsprechenden Willen aufgibt und seine affectio tenendi dem Besitze eines Anderen dienstbar macht.

Der Besitzbegriff wird so, indem er rechtliche Bestimmungen annimmt und einen besonders geeigenschafteten, von der affectio tenendi verschiedenen Willen zu seiner Voraussetzung erhält, der ihm die Möglichkeit gibt, seine Verbindung mit dem räumlichen Verhältnisse, in dem sich die Sache dem Willen des Menschen unterworfen darstellt, immer loser zu machen, zu einem Rechtsbegriff. Er wird aber nicht zu einem subjectiven Rechte und emancipirt sich von jenem räumlichen Verhältnisse nicht dergestalt, daß er fortbestehen kann, wenn alle actuelle Macht über die Sache dauernd aufhört.

Den im Besitze vorhandenen Dualismus von ius und factum zu überwinden, kämpft die Rechtswissenschaft seit der Zeit der Glossatoren bis auf den heutigen Tag. Während Bassianus[2]) den Besitz als ius quoddam rem detinendi sibi bezeichnet, halten ihn Placentinus[3]) und Azo[4]) an der etymologischen Ableitung des Wortes

[1]) l. 11 de adquir. rer. dom.

[2]) Nach Azonis summa in cod. de poss. Nro. 21.

[3]) Summa in cod. de poss.

[4]) Summa in cod. de poss. Nro. 1. 2.

possessio in der l. 1 pr. de poss. a sedibus, wie Placentinus, a pedibus, wie Azo liest, auf dem Boden der Thatsache fest. Der erstere von beiden läßt nur das Raumverhältniß der Person zur Sache, in welchem die Sache der Person unterworfen ist, die naturalis possessio, als wahren Besitz gelten, fügt aber bei: iuris artificio et figmento contra naturalem causam reique veritatem meram is dicitur possidere, qui non possidet. Der letztere definirt possessio als corporalis rei detentio corporis et animi item iuris adminiculo concurrente. Die Stellung des Besitzes auf Rechtssätze aber leitet er mit Papinian von den Anleihen ab, die der Besitz bei dem Rechte macht, indem er von der Fortdauer des Besitzes, wenn in Abwesenheit des Besitzers ein anderer sich der Sache bemächtigt hat, sagt: nec mirum, si dicam — possessionem retineri animo, quia plurimum a mutuatur iure possessio. [1]) Auch bei den Nachfolgern der Glossatoren schwankt der Besitz zwischen Recht und Thatsache hin und her. So kommt Bartolus, nachdem er die Ansichten Bassian's, Azo's und Späterer gegen einander abgewogen hat, dahin, den Besitz als ius insistendi rei non prohibitae possideri zu bestimmen und ihm Stellung zwischen der räumlichen Beziehung des Esels zu seiner Last, der detentio asinina, quae est facti, und dem dominium, quod est ius disponendi vel vendicandi, anzuweisen. In ähnlicher Weise schwanken die Auffassungen bis in die neuere Zeit fort. Die morose Klage Thibaut's, dessen Schrift über Besitz und Verjährung die Aera abgeschlossen hat, welche der durch die Savigny'sche Monographie für die Lehre vom Besitze inaugurirten Epoche unmittelbar vorangegangen ist, über die Unmöglichkeit einer Aufstellung des Begriffs des Besitzes ist das Widerspiel der naiven Verwunderung Placentins. An die Stelle des ursprünglichen Besitzes — so heißt es bei Thibaut [2]) — der mit dem Factum anfange, da Jemand eine körperliche Sache durch Sitzen oder körperliches Begreifen in seiner Gewalt habe, sei durch die positiven Gesetze ein neues Wesen gesetzt worden, das mit dem ursprünglichen Besitze kaum den Namen gemein habe. Oft sei der Nichtbesitzer Besitzer und der Besitzer Nichtbesitzer, und es lasse sich weder durch eine Regel angeben, noch aus Grundsätzen folgern, wer

---

[1]) l. c. Nro. 6.

[2]) Besitz und Verjährung I. §§ 2 bis 9.

Besitzer in dem juristisch gebildeten Wortverstande sei. — Dergleichen Klagen werden zwar bei dem heutigen Stande der Wissenschaft nicht mehr ausgesprochen. Der Kampf, ob ius ob factum, ist aber, nachdem Savigny durch Wegräumung alten Schuttes den Kampfplatz wieder frei gemacht hat, heftiger als früher entbrannt, und die Meinungen der Schriftsteller gehen weiter aus einander als je vorher. So sucht einer der neueren Schriftsteller über den Besitz [1]) die Schwierigkeiten, welche der Auffassung des Besitzes als eines subjectiven Rechtes sich entgegenstellen, damit zu überwinden, daß er den Besitz zum einzigen Recht auf die Sache erhebt, während sein Rezensent [2]) alles das, was von den Römern über Fortbauer und Verlust des Besitzes gesagt worden, als der wohl beobachteten Natur des factischen Verhältnisses abgelauscht bezeichnet.

§. 3. Der animus possidendi.

Ein leitender Grundgedanke, nach dem sich der Inhalt des zum Besitze erforderlichen Willens einheitlich bestimmen läßt, ist in den römischen Rechtsbüchern nicht ausgesprochen. Die Auffindung eines solchen ist ein Problem, auf dessen Lösung seit dem ersten Erscheinen der Savignyschen Monographie erneute Mühe verwendet worden ist. Das Resultat besteht in der Nothwendigkeit des Verzichts auf die Ermittelung einer allem Besitze gemeinsamen Rechtsidee, mit der sich das Vorhandensein des Besitzes in den Fällen, in denen ihn das Recht anerkennt, und grade nur in diesen Fällen, erklären ließe.

---

[1]) Lenz, Recht des Besitzes S. 88 f.

[2]) Esmarch in der Pözlschen krit. Vierteljahrschr. Bd. 4 S. 197 f. — Derselbe sagt: „Es ist nichts von den Römern über die Fortdauer und den Verlust des Besitzes gelehrt worden, was nicht mit dessen factischer Natur im vollsten Einklang steht. Alles, was man auf den ersten Blick für Fiction und Satzung im Interesse der Fortdauer des Besitzes zu halten geneigt sein möchte, erweist sich bei näherer Betrachtung als der wohlbeobachteten Natur des factischen Verhältnisses abgelauscht. Das ist so oft und so gründlich bewiesen worden, daß Alle, die nicht mit fanatischer Hartnäckigkeit an Hirngespinnsten und Chimären hängen, und es sich zum Geschäft machen, tausendmal widerlegte Irrthümer zum tausendersten Male wieder vorzubringen, längst davon überzeugt sind." — Wäre die Sache mit der Entschiedenheit des Auftretens und der Abfertigung anderer Meinungen entschieden, so hätte es freilich lange vor Lenz und Esmarch keine Differenz über das Factische und Rechtliche im Besitz mehr geben können.

Die herrschende Meinung geht dahin, daß der regelmäßige Besitzwille der Wille sei, die Sache zu beherrschen, wie ein Eigenthümer. Savigny[1]) knüpft die fragliche Bestimmung des Besitzwillens an die zuerst von Theophilus in dessen Paraphrase der Institutionen und in anderen griechischen Rechtsbüchern gebrauchte Bezeichnung des Besitzwillens als ψυχὴ δεσπόζοντος, welchen Ausdruck er mit animus domini, Willen, die Sache als eine eigene, also ohne Anerkennung des Eigenthums eines Anderen zu behandeln, wiedergibt. Unter die Regel bringt er den Besitz des wirklichen, den des vermeintlichen Eigenthümers, den des Diebes und den Besitz dessen, der durch Dejection des früheren Besitzers sich eines Grundstücks bemächtigt hat. Ausnahmen sind ihm der Besitz des Emphyteuten, der des Precaristen, der des Pfandgläubigers und der des Sequesters.

Für diese Ausnahmefälle hat Savigny, um ihnen Halt im System zu geben, eine besondere Construction hergestellt, die auch den Beifall mancher Schriftsteller erhalten hat und von Puchta[2]) als eine sehr glückliche bezeichnet wird, deren Schwächen aber von anderen bald erkannt worden sind. Savigny führt nämlich aus, der Besitz sei, insofern er als ein Recht betrachtet werde, einer Veräußerung fähig, und der eigentliche ursprüngliche Besitzer könne das Recht des Besitzes auf den übertragen, welcher für ihn das Eigenthum ausübe, also Mangels des eigenen animus domini der Regel nach nicht als Besitzer zu betrachten sein würde. Den so entstehenden Besitz nennt Savigny abgeleiteten Besitz. Seine Entstehung sei aber nicht, deducirt Savigny weiter, von der Willkür des wirklichen Besitzers abhängig. Er könne vielmehr, da in ihm eine Abweichung von dem ursprünglichen Begriffe des Besitzes liege, nur da angenommen werden, wo ihn das positive Recht ausdrücklich geltend machen wolle.

Während bei Savigny diese Construction nur ein Nothbau ist, um jene vier Fälle, für die er sonst keinen Raum haben würde, im Systeme unterzubringen, nehmen Andere für den Gedanken des abgeleiteten oder übertragenen Besitzes die Rechtsconsequenz in Anspruch. So sieht Thibaut[3]) die Uebertragbarkeit des Besitzes auf den Pfand-

[1]) Besitz S. 119 ff. 246. 282 ff.

[2]) Vorlesungen § 125.

[3]) A. f. civ. Pr. Bd. 18. XIII. S. 320 ff.

gläubiger, den Precaristen, den Sequester, und den Emphyteuta als Ausfluß der Regel an, nach welcher jedes Recht, also auch die possessio mit den Interdicten, übertragen werden könne, wenn nicht besondere Ausnahmen gemacht seien. Solche Ausnahmen läßt Thibaut für den Miether und die anderen Detentoren gelten, indem er die Nichtübertragbarkeit des Besitzes auf sie damit erklärt, daß man eine Vervielfältigung der Processe habe vermeiden wollen. Brinz[1]) erklärt die Fälle des sg. abgeleiteten Besitzes damit, daß die possessio, da sie nicht blos res facti, sondern res iuris sei, dadurch gleich dem Eigenthum übertragbar werde, und daß diese Uebertragung auch auf Personen stattfinden könne, welche die Sache nicht ganz und schlechthin für sich haben wollen.

Die Theorie vom abgeleiteten Besitze ist von zwei Seiten bekämpft worden. Von der einen hat man den Besitzwillen für alle Fälle des Besitzes einheitlich zu bestimmen gesucht, von der anderen hat man die einheitliche Bestimmbarkeit bestritten.

Von den Schriftstellern der ersteren Seite fassen die einen den Besitzwillen zwar als animus domini auf, suchen aber den Begriff des letzteren so breit zu machen, daß er auch die Fälle, in denen der Besitzer das Eigenthum eines Anderen an der Sache anerkennt, decken kann. Andere verwerfen den animus domini, sei es, daß sie den Ausdruck ψυχὴ δεσπόζοντος anders wiedergeben, sei es, daß sie dem Theophilus und den Griechen überhaupt die Autorität in der vorliegenden Frage absprechen.

Zur ersten Gruppe gehört Schröter.[2]) Der animus domini, d. h. der Wille, die Sache, auch wenn man nicht Eigenthümer sei, ganz so zu besitzen, als ob man es sei, verträgt sich, meint Schröter, wie mit dem Bewußtsein davon, daß ein anderer der Eigenthümer sei, so auch mit der Anerkennung fremden Eigenthums. Vom Emphyteuta sagt Schröter, daß ihm nach ausdrücklichem Ausspruche der l. 15 § 1 qui satisd. cog., nach der ganzen inneren Natur des emphyteutischen Rechts — nämlich nach dem Umfange der darin liegenden Befugnisse und den damit verbundenen Rechtsmitteln — nach der ihm und seinem Rechtsverhältnisse gegebenen Bezeichnung dominus und dominium und nach der Geschichte des Rechtsinstituts

---

[1]) Pandekten Bd. 1. S. 64 ff.

[2]) Linde's Zeitschr. Bd. 2. VII.

wahrer Eigenthumsbesitz zuzusprechen sei. Daß der Pfandgläubiger das Pfand ganz so, als ob er Eigenthümer sei, besitze, folgert Schröter aus den dem Pfandgläubiger gegebenen Rechtsmitteln, den in den Quellen vorkommenden Ausdrücken rem pignori dare, tradere, accipere, nach denen die Sache selbst „gewissermaßen" auf den Gläubiger übergehe, und aus der Geschichte des pignus, das er mit der fiducia in historischen Zusammenhang bringt. Vom Precaristen sagt er, daß derselbe die Sache mit Erlaubniß des precario dans rücksichtlich des Besitzes als die seinige behandele und seinerseits selbständig den animus domini mit ihr verbinde. Wie er den animus domini des Precaristen aus der Gestattung seitens des precario dans herleitet, so gründet er den des Sequesters auf den Auftrag des Deponenten. Dabei kommt er, indem er erwägt, daß die possessio des Precaristen gleich der des Sequesters „auf der einfachen Wahrheit" beruhe, daß bei Vereinigung der Detention und des animus domini possessio vorhanden sei, und daß es bei dem animus domini nicht darauf ankomme, ob er auf wirklichem oder vermeintlichem oder wenigstens behauptetem Eigenthume oder auf anderem Grunde beruhe, zu dem Resultate, die Zulassung eines ähnlichen Verhältnisses, wie beim Precaristen und Sequester, auch beim Pächter und anderen Detentoren nicht bedenklich zu finden.

Roßhirt hat anfänglich[1]) eine „Generalisirung" aller der Fälle, in denen das römische Recht possessio annimmt, für unmöglich erklärt und ausgesprochen, man müsse sich dahin bescheiden, das Wesen des Besitzes in der Hauptrichtung des an der Sache geäußerten animus domini und in den Nüancen aufzufassen, welche der Besitz des Precaristen, der des Emphyteuta, der des Pfandgläubigers und der des Sequesters darbieten. Später[2]) ist er dahin gelangt, in allen Fällen des Besitzes animus domini anzunehmen und den letzteren als die Gesinnung, jeden Anderen von der Sache auszuschließen, zu bezeichnen, so daß mit dem Requisite des animus domini die negative Seite des Besitzes bestimmt sein soll. Vom Precaristen sagt er, daß derselbe de facto den animus domini habe, freilich nicht in der Richtung auf die juristische, sondern in der auf die factische Gewalt, vom Emphyteuten, daß derselbe den fundus den

---

[1]) A. f. civ. Pr. Bd. 8. I. S. 9 bis 11.

[2]) A. f. civ. Pr. Bd. 21. X.

seinigen wohl nennen möge, wenn dies auch „juristisch einiger Explication" bedürfe, vom Pfandgläubiger, daß sich derselbe der Natur seines Rechtes nach an die Sache halten wolle. Denn da aus seinen Händen ohne Auftrag des Eigenthümers Eigenthum übergehe, so müsse er, ohne auf den Verpfänder zurückzugreifen, im Besitze sich manuteniren können. Er besitze also, weil er die Interdicte habe, die Interdicte aber habe er aus der Natur seines Rechtsverhältnisses heraus. Im Besitze des Sequesters findet Roßhirt „gleichsam" eine precaria possessio, nur daß die bestimmte Person, welche das precarium gegeben, dabei im Dunkeln liege. Das Resultat seiner Untersuchungen gibt er in dem Satze, „es lasse sich gut denken", daß in den vier Fällen Besitz angenommen worden sei, ohne daß man die Savignysche Idee der Ableitung des Besitzes nöthig habe. Diese sucht er als nutzlos, verwirrend und gefährlich darzustellen.

Derselben Gruppe gehört Kierulff[1]) an. Er führt aus, zum Besitze gehöre, daß die Person das, was den Stoff eines Rechts ausmachen könne, für sich ausübe; aber die Natur des Besitzes fordere weder, daß sie es als ein Recht zu haben glaube, noch daß sie es als ein Recht haben wolle. Wenn man daher den Willen, welcher den Charakter des Besitzes ausmache, animus domini nenne, so sei dies nicht so zu verstehen, als wenn darin eine Beziehung auf eigenes Recht und die Nichtanerkennung fremden Rechtes liegen solle. Man müsse bei dem Ausdruck dominus in dieser Verbindung von der gewöhnlichen technischen Bedeutung desselben absehen. Der wirkliche Besitzer sei factisch Herr des Objectes und wolle so Herr sein und die Sache für sich haben. Dies sei animus domini, denselben habe jeder Besitzer, auch derjenige, der das Recht eines Anderen an dem Objecte seines Besitzes anerkenne. In dem Besitze, bei welchem das Eigenthum eines Anderen anerkannt werde, liege keine Anomalie, weil in jedem möglichen Falle eines wirklichen Besitzes die Beziehung auf das Recht unwesentlich sei.

Auch Pfeifer[2]) gehört hierher. Der animus domini ist nach ihm der Wille, die Sache als Herr, nicht blos als Stellvertreter, zu haben. Dieser Wille soll nicht mit dem Willen, die Sache wie ein Eigenthümer — als eine eigene — zu haben, zusammenfallen,

---

[1]) Civilrecht S. 352 f.

[2]) Was ist und gilt im röm. Recht der Besitz? Tübingen 1840.

der Ausdruck vielmehr gleichbedeutend sein mit animus rem sibi habendi. Den Begriff des Besitzes bestimmt Pfeifer dahin, daß er das thatsächliche Verhältniß zu einer Sache sei, vermöge dessen wir über dieselbe nach Gutdünken verfügen können, mit dem auf dies Verhältniß als Zweck, nicht blos als Mittel, gerichteten Willen. Unter diesen Begriff bringt Pfeifer das Machtverhältniß des Emphyteuten, das des Pfandgläubigers, das des Precaristen und das des Sequesters. Auf den Usufructuar und den Pächter soll der Begriff darum nicht passen, weil beide außer der bestimmten ihnen gestatteten Einwirkungsart keine Gewalt über die Sache haben, auf den retinens und den missus in possessionem deshalb nicht, weil diese Personen, abgesehen von der Detention, sich überhaupt keine Verfügung über die Sache außer etwa einer zur Erhaltung derselben nothwendigen erlauben, sondern dem Besitzer jede mit ihrem körperlichen Innehaben sich vertragende Verfügung gestatten.

Unter Verwerfung des animus domini mit dem Hinweis darauf, daß bei Bestimmung des Besitzwillens auf Theophilus schwerlich viel Gewicht zu legen sei, hat zuerst Guyet [1]) den animus possidendi einheitlich zu bestimmen gesucht, und zwar als den Willen, der darauf gerichtet sei, durch die körperliche Innehabung der Sache ein rechtliches Verhältniß der Person zur Sache unter Ausschließung Anderer von dem beabsichtigten Rechtsverhältnisse herzustellen. Guyet bemerkt dazu, man müsse sich mit seiner Definition, von der er anerkennt, daß mit ihr eine genaue Bestimmung des Besitzwillens nicht gegeben sei, begnügen, da die Definition auf eine Reihe von „Rechtsverhältnissen“ passen müsse, die außerdem wenig oder nichts mit einander gemein haben. In dem Besitze des Faustpfandgläubigers findet Guyet alle „Bestandtheile“ des Besitzes dessen, der sich für den Eigenthümer hält, mit Ausnahme der Möglichkeit, zu usucapiren, in dem des Sequesters ein repräsentationsähnliches Verhältniß, im Precarium eine Stellvertretung des precario dans, in der Emphyteuse ein Rechtsverhältniß, welches dem Eigenthum sehr nahe stehe, bei dem aber doch kein animus domini möglich sei. Daß dem Miether und allen mit demselben in ähnlichen Beziehungen zur Sache stehenden Deten-

[1]) Abhandlungen VI u. Linde's Zeitschr. Bd. 4. XVI. — Johannsen, Begriffsbestimmungen aus dem Gebiete des Civilrechts, Heidelberg 1831, S. 10. 13 Note 1, bestimmt den Besitzwillen in derselben Weise, wie Guyet.

toren Besitz abgesprochen wird, erklärt er damit, daß sie die Sache nur haben, d. h. factisch besitzen wollen, um darüber zu disponiren, daß aber ihr Verhältniß zur Sache kein rechtliches sei. Ein solches kann es nach Guyet erst „durch diebische Contrectation der Sache" werden.

Warnkönig[1]) findet es nicht angezeigt, den Besitzwillen nach Theophilus zu bestimmen, meint aber auch, daß der Ausdruck des Theophilus nicht mit animus domini, sondern mit animus dominandi, disponendi, possidendi wiederzugeben sein würde. Besitzer ist nach Warnkönig, wer die Absicht hat, für sich selbst zu detiniren, der Besitzwille also der animus rem sibi habendi im Gegensatz zu dem auf das alieno nomine possidere gerichteten Willen. Diesen animus rem sibi habendi schreibt Warnkönig auch dem Emphyteuten, dem Pfandgläubiger, dem Precaristen und dem Sequester zu, während beim Depositar, Usufructuar und allem, was dazwischen liege, der animus rem sibi habendi dem vorhandenen Rechtsverhältnisse widersprechen soll.

Auch nach Bartels[2]) ist der Besitzwille der animus rem sibi habendi. Das Charakteristische dieses Willens findet Bartels darin, daß er unmittelbar auf die Sache gehe. Dem Faustpfandgläubiger wohne er — führt Bartels aus — bei, da das Rechtsverhältniß desselben in der Distractionsbefugniß bestehe und das Ganze der Sache „mit allen daran denkbaren Befugnissen" in dem Zeitpuncte bei dem Pfandgläubiger ruhe, wo es von ihm und durch ihn ohne Zuthun und selbst wider Willen des Eigenthümers auf den Pfandkäufer übergehe. Den animus rem sibi habendi habe auch der Precarist, da dessen „durch den Gedanken an eine Rechtsform nicht eingeengte Vorstellung und Willkür" nothwendig die Sache im Allgemeinen und im Ganzen ergreife. Den Usufructuar, welchem Bartels in diesem Puncte den Emphyteuten gleichstellt, schließt er vom Besitze aus, weil der Wille dieser Personen in seiner Uebereinstimmung mit dem Rechtsverhältnisse nicht die Richtung auf die Sache in ihrer Totalität habe, weil also der animus rem habendi fehle, der Pächter, weil derselbe den animus sibi habendi nicht habe, der darin bestehe, daß der Besitzer sich, ohne auf eine andere Person zurückzu-

[1]) A. f. civ. Pr. Bd. 13. IX.

[2]) Linde's Zeitschr. Bd. 6. S. 179 ff.

gehen, ein Verhältniß zur Sache beimesse. Vom Sequester sagt Bartels, daß die Rechtsbücher keinen ex professo gethanen Ausspruch, wonach ihm Besitz zukomme, enthalten, und daß derselbe auch aus inneren Gründen ein bloßer Detentor sei, weil er vermöge einer inneren Nothwendigkeit sein Verhältniß nur als ein persönliches, nicht als ein unmittelbares zur Sache, zu denken vermöge.

Georg Eduard Schmidt[1]) gibt den Ausdruck des Theophilus mit animus dominandi wieder und hält ihn für gleichbedeutend mit den in den römischen Rechtsbüchern vorkommenden Ausdrücken affectio tenendi, affectio possidendi, propositum possidendi, animus possidendi. In Bestimmung des animus possidendi aber stellt er sich in einen möglichst scharfen Gegensatz zu Savigny. Er will nämlich den animus possidendi nicht bei den Besitzern gemessen wissen, die Eigenthümer sind oder sich Eigenthum anmaßen, sondern grade bei denen, die das Eigenthum eines Andern anerkennen, — weil bei jenen nicht zu unterscheiden sei, was sie als Besitzer und was sie als Eigenthümer wollen. Es gibt nach ihm eine dreifache Thätigkeit im Verhältnisse von Person und zur Sache, die des Gebrauchens, die des Verbrauchens und die des Schützens. Nun könne — meint Schmidt — der Besitzwille auf das Verbrauchen nicht gehen, da der Besitz ein fortdauerndes Verhältniß zur Sache sei, bei dem auf das Ende keine Rücksicht genommen werde. Der Wille, die Sache zu verbrauchen, sei vielmehr charakterisch für das Eigenthum. Der Besitzwille aber habe seine Richtung auf den Gebrauch oder den Schutz, d. h. das Verhindern fremder Einwirkung auf die Sache. Mit diesem letzteren auf die Ausschließung und Verhinderung Anderer gerichteten Willen sucht Schmidt den Besitz des Pfandgläugers und den des Sequesters zu erklären, da deren Besitz von dem Kriterium des Gebrauchs nicht getroffen werde. Dem Usufructuar, dem Depositar und den Uebrigen, deren Machtverhältniß zur Sache als Besitz nicht anerkannt wird, ist nach Schmidt die Besitzsphäre darum verschlossen, weil der Wille dieser Personen, wenn er dem gewollten Rechtsverhältnisse entsprechen soll, kein Besitzwille nach den angegebenen Kriterien sein kann. Für die Entstehung des Besitz-

[1]) Das commodatum und precarium, Leipzig 1841 S. 22 ff. und: Ueber den Willen und die Grenzen der Thätigkeit des Besitzes in Linde's Zeitschr. Bd. 20. IV.

willens soll in den gedachten Fällen nur dann Raum gegeben sein, wenn der Wille aufhöre, dem Rechtsverhältnisse gemäß zu sein, so wie auch beim Diebe und Räuber, dessen Wille durch Rechte und Verbindlichkeiten nicht bestimmt werde, der zum Besitze erforderliche Wille vorhanden sei.

Nach Böcking[1]), welcher den terminus des Theophilus mit animus dominantis, d. h. possidentis, possessionis oder possidendi wiedergibt, hat der Besitzwille zwei Richtungen, die positive, in welcher das Subject die Sache als Object dauernd seinem Willen factisch unterwerfen will, und die negative der Ausschließung der factischen Herrschaft Anderer über die besessene Sache. Mit dieser Auffassung des animus possidendi soll Bedürfniß und Statthaftigkeit der dem römischen und dem heutigen Recht fremden Unterscheidung zwischen sog. ursprünglichem und sog. abgeleiteten Besitz wegfallen.

Lenz[2]), der mit Böcking den Ausdruck des Theophilus mit animus dominantis übersetzt, meint, daß in jenem Ausdruck eine unendlich glücklichere Umschreibung des Besitzwillens liege, als in dem von Savigny aufgebrachten Kunstausdruck animus domini. Den Besitzwillen faßt er auf als den Willen des besitzenden Subjects, das Besitzobject zu haben und zu behalten. Eine Reihe von Besitzverhältnissen, nämlich das des Pfandgläubigers, das des Precaristen und das des Sequesters — führt Lenz weiter aus — weiche allerdings insofern von den übrigen ab, als bei ihnen der Besitzer das Object seines Besitzwillens nicht für immer haben und behalten wolle. So lange sie aber bestehen, unterscheide sich bei ihnen der Wille des Besitzers in keiner Hinsicht von demjenigen, der auf eine an sich und von vornherein ganz unbegrenzte Dauer gerichtet sei. Die Anomalie liege nur darin, daß es von Haus aus und vom Augenblicke ihrer Entstehung an in ihrem praktischen Zwecke liege, beendigt zu werden. Mit der Emphyteuse findet sich Lenz in der Art ab, daß er das ganze Institut als einen juristisch nicht construirbaren Auswuchs an dem gesunden Körper des römischen Rechts bezeichnet.

[1]) Pandekten des röm. Privatr. (2. Aufl. der Institut.) S. 449. 452. Mit Georg Eduard Schmidt nimmt Böcking (S. 449 Note 4) an, daß wohl der Eigenthumswille, aber nicht der Besitzwille, auf ein Verzehren oder Vernichten der Sache gerichtet sein könne.

[2]) Recht des Besitzes S. 102 ff.

Auf ähnlichem Wege sucht Dernburg[1]) den Besitzwillen einheitlich zu bestimmen, indem er ihn als die Absicht, eine Sache ausschließlich für sich zu haben, und, insoweit die Intention des Besitzers über das blos Momentane hinausgehe und sich auf die Zukunft richte, als Absicht, die Sache zu behalten, definirt. Diese Bestimmung prüft er am Besitze des Pfandgläubigers mit folgender Ausführung: der Pfandgläubiger habe die Absicht, die Sache ausschließlich für sich zu haben und zu behalten und jede Einwirkung eines Dritten abzuwehren. Wenn er auch die Sache nicht für immer, sondern nur bis zur Tilgung der Schuld behalten wolle, so gedenke er doch eine ausschließliche Herrschaft zu üben, bis dies Ereigniß eintrete. Dem Miether, dem Depositar, dem Commodatar wohne im Gegensatze zum Pfandgläubiger nach römischer Anschauung die Absicht nicht bei, die Sache für sich zu haben und zu behalten. Die Intention des Miethers gehe dahin, dem Vermiether den Besitz offen zu halten. Freilich liege in dieser Auffassung des Miethsverhältnisses etwas künstliches, was sich durch die historischen und socialen Verhältnisse der Römer erkläre. — Der Wille des Usufructuars aber sei nicht auf ein ausschließliches Haben der Sache, sondern auf ein Haben in begrenzter Weise zum Zwecke der Ausübung des Usufructus gerichtet, die mit dem Besitz und Haben des Eigenthümers verträglich bleibe.

Die Nothwendigkeit eines Verzichts der Wissenschaft auf das Auffinden einer allem Besitze zum Grunde liegenden Rechtsidee liegt nach den Ausführungen von Roßhirt in der von diesem zuerst veröffentlichten Abhandlung über den Besitz[2]) und nach denjenigen von Sintenis[3]) vor. Der letztere weicht aber von Roßhirt darin ab, daß er wenigstens insofern systematisirt, als er den Besitzwillen nach seinem Zwecke einmal als animus domini und dann als animus rem sibi habendi, wie er dem Precaristen, dem Emphyteuten und dem Pfandgläubiger beiwohne, bestimmt.[4]) Dem Sequester wird zu Gunsten des animus rem sibi habendi die Besitzsphäre zuzusperren gesucht. Der Besitzwille ist in Bezug auf seinen nächsten Zweck animus domini, Wille, Eigenthum auszuüben. Dieser Wille

[1]) Pfandrecht Bd. II. § 87.

[2]) oben S. 11 Anm. 1.

[3]) Linde's Zeitschr. Bd. 7 VII, Civilrecht Bd. 1 § 42 Anm. 13.

[4]) Linde's Zeitschr. Bd. 7 S. 236 ff., S. 251.

ist auch die älteste Charakterisirung des animus possidendi. Der letztere aber hat sich neueren Rechtsbegriffen und Rechtsverhältnissen gegenüber modificirt. Er ist als Wille des Precaristen, des Emphyteuten und des Pfandgläubigers animus rem sibi habendi. Diesen Willen läßt Sintenis durch das eigene Interesse bestimmt werden, vermöge dessen der Besitzer Anerkennung seines Besitzes von Jedermann fordern könne, auch vom Eigenthümer gleich diesem, wenn er besäße. Diejenigen, welche sich gedrungen fühlen, im Besitze des Precaristen, des Emphyteuten und des Pfandgläubigers Anomalien und Abnormitäten zu sehen, weil der Miether, der Usufructuar u. A. keinen Besitz haben, bescheidet Sintenis dahin, daß ein Besitz des Miethers und des Usufructuars im positiven Gesetze einmal nicht anerkannt sei.

Windscheid[1]) faßt den Besitzwillen als den Willen auf, die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen sich anzueignen. Das Machtverhältniß des Emphyteuten sieht er als iuris quasi possessio an. Vom Pfandgläubiger, Precaristen und Sequester aber sagt er, daß hier aus verschiedenen Gründen kraft positiver Rechtsbestimmung ein Besitzesvortheil — der Vortheil der possessorischen Interdicte — gewährt werde auch ohne ein dazu der Regel nach nothwendiges Erforderniß. Werde dies nun so ausgedrückt, es sei auch in diesen Fällen Besitz vorhanden, so heiße das, jenes Erforderniß werde als vorhanden angenommen, obgleich es nicht vorhanden sei. Damit nimmt also Windscheid, um den Besitz des Pfandgläubigers, des Precaristen und des Sequesters zu erklären, zu einer Fiction des Aneignungswillens als des der Regel nach nothwendigen Erfordernisses des fraglichen Besitzvortheils seine Zuflucht.

§ 4 Fortsetzung.

An die Spitze des vorigen § habe ich den Satz gestellt, daß auf die Ermittelung einer allem Besitze gemeinsamen Rechtsidee, mit der sich das Vorhandensein des Besitzes in den Fällen, in denen ihn das Recht anerkenne, und nur in diesen Fällen, erklären lasse, verzichtet werden müsse. Daß die von Schröter, Roßhirt, Kierulff, Pfeifer, Guyet, Bartels, Georg Eduard Schmidt, Böcking, Lenz und Dernburg gemachten Versuche, das Problem zu lösen, fehl-

[1]) Pandekten Bd. 1 § 149 Anm. 7.

geschlagen sind, scheint die einfache Nebeneinanderstellung der vorgeführten Auffassungen genügend darzuthun, und das Fehlschlagen aller dieser Versuche scheint davor zurückzuschrecken, noch einen Versuch zu wagen. Das Räthsel des Besitzwillens,

worüber schon manche Häupter gegrübelt,

müßte gelöst sein, wenn es eine Lösung gäbe. Das Problem aber, eine rechtsdogmatische Erklärung dafür zu geben, daß der Eigenthümer, der redliche Besitzer, der Dieb und Räuber, der Pfandgläubiger, der Precarist, der Sequester und der Emphyteuta den animus possidendi und damit Besitz haben sollen, während beides dem Usufructuar, dem Pächter, dem Commodatar und dem Depositar abgesprochen wird, ist ebenso unlösbar, wie das der Quadratur des Cirkels. Das Facit geht niemals rein auf.

Aber auch die Theorie vom abgeleiteten oder übertragenen Besitz läßt sich weder in der von Brinz ihr gegebenen Ausbildung bis zur Annahme einer Singularsuccession in den Besitz, noch in der Thibaut'schen, noch auch in der Savigny'schen Auffassung aufrecht halten. Was macht die Beziehung, in welcher der Pfandgläubiger, der Precarist, der Sequester, der Emphyteuta zur Sache stehen, zum Besitz? Nicht der Grad der ihnen eingeräumten Befugnisse, sondern die formalen Bestimmungen, welche den Erwerb, die Fortsetzung, den Verlust, den Schutz, die Wiederherstellung durch Rechtsmittel betreffen. Der Inbegriff dieser formalen Bestimmungen, das ius possessionis nach Brinz, das subjective Recht des Besitzes nach Thibaut, der Besitz insofern er wie ein Recht betrachtet wird, nach Savigny, wird also als Gegenstand der Uebertragung gedacht. Brinz sucht die Uebertragbarkeit des Besitzes an sich und damit die Möglichkeit einer Singularsuccession in den Besitz, also den Satz, auf dessen Anwendung der Besitz des Pfandgläubigers, des Precaristen u. s. w. beruhen soll, daraus zu beweisen, daß kein Besitzerwerb eintritt, wenn derjenige, der als Tradent in Betracht kommen würde, selbst nicht Besitzer gewesen ist, oder wenn ihm das Recht die Möglichkeit eines wirksamen Willens, sich des Besitzes zu entäußern, abspricht, oder wenn beide Theile nicht eine und dieselbe Sache als Object der Besitzerledigung, beziehungsweise der Besitzergreifung im Auge haben.[1] Diese Sätze

[1] Jahrb. des gem. deutschen Rechts Bd. 3. II.

genügen zur Construction der Uebertragbarkeit nicht. Sie finden ihre Erklärung darin, daß die Tradition in der Art unter den für Verträge gegebenen Rechtsnormen steht, daß die Besitznahme, die auf Grund der Tradition erfolgen soll, die Besitzerledigung auf der anderen Seite zur nothwendigen Voraussetzung hat.

Ein anderer Beweis der Uebertragbarkeit könnte darin gefunden werden, daß der Besitz als Gegenstand der emtio venditio und als Object von Condictionen und anderen Klagen bezeichnet wird. Dabei ist aber zu bemerken, daß nach richtiger Auffassung nicht der Besitz das Object des Vertrages und der Klagen ist, sondern die Sache um des Besitzes willen. Der Besitz kann eben so wenig wie das Eigenthum gekauft oder condicirt werden, sondern um des Besitzinteresses willen wird der Vertrag geschlossen und die Sache zurückgefordert. Eine Uebertragbarkeit des Besitzes folgt daraus nicht.

Auch hält die Idee dieser Uebertragbarkeit die Probe nicht aus. Wäre eine Uebertragung möglich, so müßte auch eine Vererbung stattfinden können. Da aber für den Erben mit dem durch den Erbschaftsantritt stattfindenden Erwerbe der zur Erbschaft gehörigen Vermögensrechte nicht auch der Besitzerwerb eintritt, so können die Erscheinungen, die auf die Idee der Uebertragbarkeit des Besitzes wie eines Rechtes hindeuten mögen, in der Zurückführung auf diese Idee doch keine Erklärung finden. Im besten Falle müßte man sagen, daß die Idee der Succession in den Besitz, da sie weitere Consequenzen nicht verträgt, nur eine recht dürftige Ausprägung erhalten hätte. Es könnte höchstens der Savigny'sche Nothbau acceptabel sein.

Aber die Römer wissen von einer Uebertragung des Besitzes überhaupt nichts. Bei ihnen hat jeder Besitz seine Grundlage in sich. Der Pfandgläubiger, der Precarist, der Sequester, der Emphyteuta sollen in ihrer Beziehung zur Sache nicht von dem dominus abhängig, sondern auf sich selbst gestellt sein. Dies ist der Grund, aus dem die Bestimmungen, welche den Erwerb, die Fortsetzung, den Verlust, den Schutz, die Wiederherstellnng des Besitzes betreffen, auf die in Rede stehenden Machtverhältnisse angewendet worden sind, oder richtiger, sich auch für sie ausgebildet haben.

Die von Sintenis aufgestellte Meinung läßt sich ebenfalls nicht halten. Dem Sequester wird ein Riegel vorgeschoben, weil er keinen animus rem sibi habendi hat; und doch ist er Besitzer und

hat die Interdicte. Dem Pächter bleibt das Thor verschlossen, weil er, obwohl ihm animus rem sibi habendi nicht abgesprochen werden kann, kein Besitzer ist. Wie es kein allem Besitze gemeinsames Kriterium des Besitzwillens gibt, so existirt auch kein auf die Fälle des Besitzes, in denen der Besitzwille nicht der animus domini ist, beschränktes Kriterium desselben.

Endlich ist auch die Windscheid'sche Fiction abzulehnen. Sehr gut bezeichnet Jhering die Fictionen als technische Nothlügen gegenüber der Aufgabe, Rechtssätze, die sich mit der traditionellen Lehre nicht vertragen, in einer Weise zu verarbeiten, daß die traditionelle Lehre bestehen bleibe und doch jenen Rechtssätzen ihre Wirksamkeit nicht verkümmert werde, und er legt ihnen Bedeutuug bei, wenn neue Rechtssätze entstehen und es der Wissenschaft an der Kraft fehlt, die Aufgabe der Aufnahme und Verarbeitung derselben in der ihnen entsprechenden Gestalt zu bemeistern. Es ist also ein theoretischer Nothstand, der sie erzeugt. Ein solcher Nothstand könnte vorliegen, wenn anzuerkennen wäre, daß der Besitz des Pfandgläubigers, der des Precaristen, der des Emphyteuten und der des Sequesters gegenüber dem Besitze des Eigenthümers, des redlichen Besitzers, des Diebes, des Invasors Anomalien wären. Die Rechtsbücher enthalten davon nichts. Es läßt sich nicht einmal sagen, daß der Interdictenbesitz des Pfandgläubigers und der des Precaristen späteren Rechtsbildungen ihre Entstehung verdanken, als der Interdictenschutz des Besitzers, der den Aneignungswillen hat, wenngleich dies von dem Interdictenbesitze des Sequesters anzunehmen sein möchte und von dem des Emphyteuten sicher anzunehmen ist. Nicht einmal das läßt sich behaupten, daß in Ansehung der Immobilien, also grade da, wo der Interdictenschutz ganz überwiegend in Betracht kommt, der Besitz mit dem Aneignungswillen bei den Römern der häufiger vorkommende gewesen ist. Precarium und Emphyteuse sind, ersteres in früherer, letztere in späterer Zeit, als Formen der Nutzung des Grundes und Bodens wohl kaum minder häufig gewesen, als Zeitpacht oder Bebauung des Landes durch den Eigenthümer selbst. Es fehlt also an genügendem Anhalte für die Annahme, daß sich der Besitz des Pfandgläubigers, der des Precaristen, der des Emphyteuten und der des Sequesters zu dem Besitze dessen, der den Aneignungswillen hat, wie die Ausnahme zur Regel verhalten. Jene Fälle des Besitzes sind vielmehr dem mit dem Aneignungs-

willen verbundenen Besitze als gleichbedeutende Erscheinungsformen durchaus zu coordiniren.

§. 5. Grenzen des Besitzes in Ansehung der Subjecte und der Objecte.

1. Daß Sclaven keines Besitzes fähig sind, folgt daraus, daß sie selbst besessen werden. Der gleiche Grund schließt diejenigen Freien, welche sich im Zustande der Sclaverei befinden und sich für Sclaven halten, vom Besitze aus. Die Fähigkeit des Rechtserwerbes kommt indeß den letzteren zu, trotz des ihnen fehlenden Bewußtseins der Rechtsfähigkeit. Insbesondere können sie auch Eigenthum erwerben, und zwar selbst durch Tradition. Was sie durch ihre Arbeit oder ex re dessen, der sie im Besitz hat, gewinnen, gehört freilich ihrem Besitzer. Was ihnen jedoch von anderen Personen zugewendet wird, erwerben sie für sich. Aber die Fähigkeit zu usucapiren, wird ihnen abgesprochen. Modestinus sagt in der l. 54 § 4 de adq. rer. dom: Quidquid liber homo vel alienus quive bona fide nobis servit non adquirit nobis, id vel sibi liber vel alienus servus domino suo adquiret: excepto eo quod vix est, ut liber homo possidendo usucapere possit, quia nec possidere intellegitur, qui ipse possideretur. Hier tritt die Sonderung der Sphären des Rechtes und des Besitzes hervor. Das subjective Recht steht auf Voraussetzungen, die im objectiven Rechte beruhen, ohne daß der Wille der Person befruchtend zu wirken braucht. Daher macht die Tradition, die der Eigenthümer vornimmt, den Empfänger zum Eigenthümer, auch wenn der letztere nicht umhin kann, der Meinung zu sein, daß nicht er, sondern sein vermeintlicher Herr das Eigenthum erwerbe. Der Besitzerwerb hat seine Voraussetzung im Willen. Und für den Besitzwillen ist in dem, der selbst Besitzobject ist, kein Raum vorhanden. Allerdings würde, da der Erwerb des Eigenthums an einer vom Eigenthümer tradirten Sache und der Eigenthumserwerb durch Usucapion einer vom Nichteigenthümer tradirten Sache das mit einander gemein haben, daß der Eigenthumserwerb vom Besitzerwerbe abhängt und sich nur darin unterscheiden, daß im ersteren Falle der Besitzerwerb sofort, im anderen der Besitz erst nach einer bestimmten Zeitdauer zum Eigenthümer macht, die Rechtsconsequenz erfordert haben, den Erwerb des Eigenthums durch Tradition bis zu der mit der Endschaft des Zustandes der Sclaverei eintretenden Möglichkeit der Besitzergreifung

zu suspendiren. Aber wenn die Rechtsconsequenz nur das Resultat hat, daß das Eigenthum ohne Noth in der Schwebe erhalten wird, so hat man guten Grund gehabt, sie hinten anzusetzen. Man sah also den Eigenthumserwerb durch Tradition als eine durch den animus possidendi auf Seite des Empfängers nicht nothwendig vermittelte Schöpfung des objectiven Rechts selbst an. Dabei hatte man die Wahl, einen Besitzerwerb ohne animus possidendi oder einen Eigenthumserwerb durch Tradition ohne Besitzerwerb anzunehmen. Nach dem Schlußsatze der l. 54 § 4 de adq. rer. dom. hat man die letztere Alternative vorgezogen [1]). Der Erwerber würde also aus Veranlassung einer vor der Endschaft des Zustandes der Sclaverei eingetretenen Dejection nach der Endschaft dieses Zustandes zwar die rei vindicatio, aber nicht das interdictum unde vi gehabt haben.

Anders als die Unfähigkeit der Sclaven zum Besitzerwerbe ist die Unfähigkeit der Kinder unter väterlicher Gewalt zu beurtheilen. Sie sind niemals bloße Rechtsobjecte gewesen. Aber freilich waren sie in der älteren Zeit auch keine selbständigen Rechtssubjecte. Ihre Rechtsfähigkeit ging in der des pater familias auf. Diese Unselbständigkeit bedingte ihre Unfähigkeit, Besitz für sich zu erwerben. Ihre selbständige Rechtsfähigkeit trat ein, wenn die patria potestas aufhörte, auch ehe sie davon Kunde erlangten. In Ansehung des Besitzerwerbes findet sich jedoch hier eine neue Inconsequenz. Der filius familias, der nach dem Tode seines Vaters, ohne von dem Tode Kenntniß erhalten zu haben, eine Sache vermeintlich für das peculium profectitium erworben hatte, fängt, wenn der Veräußerer Nichteigenthümer gewesen ist, die übrigen Erfordernisse der Usucapion vorausgesetzt, sofort an zu usucapiren, obgleich ein selbständiger animus possidendi ihm erst von dem Zeitpunkte seiner erlangten Kenntniß der eingetretenen Selbständigkeit an beiwohnen kann. Papinian spricht sich hierüber in der l. 44 § 4 de usurp. dahin aus: Filius familias emptor alienae rei, cum patrem familias se factum ignoret, coepit rem sibi traditam possidere: cur non capiat usu,

[1]) Savigny, Besitz S. 127 Note 4, sagt hierüber: Man kann selbst in den Fällen, „ubi per possessionem dominium acquiritur", nicht allgemein schließen, daß Besitz vorhanden sei, wenn Eigenthum erworben wird, und deshalb ist selbst da der Erwerb des Eigenthums und des Besitzes nur in der Form der erwerbenden Handlung völlig gleich.

cum bona fides initio possessionis adsit, quamvis eum se per errorem esse arbitretur, qui rem ex causa peculiari quaesitam nec possidere possit? Der Jurist hält es also für selbstverständlich, in diesem Falle possessio und usucapio ohne animus possidendi anzunehmen. Jhering findet in der Stelle den Rechtsgedanken, daß nicht der mangelnde Wille es ist, der den Haussohn vom Besitz ausschließt, sondern seine mangelnde Eigenthumsfähigkeit, da er mit letzterer ohne sein Wissen und Wollen den Besitz erhalte.[1]) Man würde die Stelle im Sinne Jherings verwerthen können, also die subjective Besitzfähigkeit von der subjectiven Eigenthumsfähigkeit abhängig zu machen haben, wenn sich damit der Satz vertrüge, daß der freie Mensch, qui bona fide servit, für sich zwar Eigenthum erwerben kann, aber keinen Besitz. Dieser Satz macht eine andere Erklärung des Papinianschen Ausspruchs erforderlich. Ich finde die innere Rechtfertigung desselben darin, daß der filius familias in Bezug auf den Erwerb für das peculium profectitium, das ihm mit dem Tode seines Vaters als eigenes Vermögen zufällt, eines Willens fähig gedacht wird, der an Intensität dem animus possidendi nicht wesentlich nachsteht, und den man, wenn die objective Schranke des selbständigen animus possidendi weggefallen war, dem letzteren in Ansehung der Usucapionswirkung gleichzustellen nicht Bedenken zu tragen brauchte.

Soweit dem filius familias ein peculium castrense oder quasi castrense die Möglichkeit bot, eine besondere Rechtssphäre selbständig zu beherrschen, war er auch zum Besitzerwerbe für sich fähig. In Ansehung des Adventitiengutes ist nach späterem Rechte der pater familias Repräsentant des filius familias für den Erwerb des Besitzes.

2. Auf das Requisit des Willens sind auch diejenigen Bestimmungen zurückzuführen, welche den Besitzerwerb ausschließen, wenn die Sache sich äußerlich als eine solche darstellt, die nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs sein kann. An res communes omnium und an res, quae in publico usu habentur, wird kein Besitz erworben. Auch der schon erworbene Besitz hört auf, wenn eine bis dahin im Privatverkehr befindliche Sache in eins der angegebenen Verhältnisse tritt, so wenn ein Privatgrundstück zum Meeresboden oder zum Bett eines perennirenden Flußes wird.[2]) An den res sacrae et

---

[1]) Jahrb. für Dogm. Bd. 9. I. S. 128.

[2]) l. 3 § 17 l. 30 § 1 de poss.

religiosae, die sich nicht äußerlich als solche darstellen, kann zwar an sich Besitz erworben werden, doch nur von dem, der nicht weiß, daß die Sache eine res extra commercium ist. Auch hört der Besitz auf, wenn der Sache die in Rede stehende Verwendung vom Besitzer gegeben wird.[1]) Ebenso[2]) kann ein freier Mensch als Sclave besessen werden, aber freilich nur von dem, der ihn für einen Sclaven hält. Der von Ihering aufgestellte Satz: „die Grenzen der Möglichkeit des Eigenthums bilden auch die der Möglichkeit des Besitzes — wo kein Eigenthum, da auch kein Besitz[3])", ist also unrichtig. Die objective Eigenthumsfähigkeit der Sache fällt mit der objectiven Besitzfähigkeit nicht zusammen. Der Besitz geht auch hier neben dem Eigenthum her und steht unter seinen eigenen Normen.

§ 6. Rechtswirkungen des Besitzes.

In den Rechtsbüchern ist an einigen Stellen von einem ius possessionis die Rede. Nach der herrschend gewesenen Ansicht hat man darunter den Inbegriff der aus dem Besitz entspringenden Rechte verstanden. In der Aufstellung einer möglichst großen Anzahl solcher Rechte haben früher die Rechtsgelehrten gewetteifert. In neuerer Zeit hat sich der Wetteifer umgekehrt. Während Thibaut[4]) noch acht Rechte als in dem ius possessionis begriffen aufzählt, erkennt Savigny[5]) nur zwei „Rechte des Besitzes", d. h. Folgen, welche dem Besitz an sich, abgesehen vom Eigenthum, zugeschrieben werden können, an, Usucapion und Interdicte. Roßhirt[6]), Sintenis[7])

[1]) l. 30 § 1 de poss.

[2]) l. 23 § 2 de poss. § 4 per quas pers. l. 1 § 6 de poss.

[3]) Jahrb. für Dogm. Bd. 9. I. S. 123, 124. S. 126 fordert Ihering zu dem Versuche heraus, den Satz, daß der filius familias vom pater fam. nicht besessen werde, anders zu erklären, als von dem Standpunkte, daß bei mangelnder objectiver Eigenthumsfähigkeit kein Besitz stattfinde. Der Satz läßt sich freilich nicht anders erklären, als durch die römische Zwitterstellung des Besitzes zwischen Recht und Thatsache, und durch das Papiniansche ex iure mutuari. Es ist eben unmöglich, die römischrechtlichen Sätze über subjective und objective Besitzfähigkeit auf eine einheitliche Idee zurückzuführen, und die Idee Ihering's von der Abhängigkeit der subjectiven und objectiven Besitzfähigkeit von der subjectiven und objectiven Eigenthumsfähigkeit ist ebenso unmöglich, wie jede andere.

[4]) Besitz und Verjährung I. § 25.

[5]) Besitz S. 32 bis 38.

[6]) A. f. civ. Pr. Bd. 8. I. S. 11. 12.

[7]) Linde's Zeitschr. Bd. 7 VII S. 253 ff. 260 ff. Civilrecht Bd. 1. § 42 Note 15.

und Kierulff[1]) aber suchen, Sintenis insbesondere unter scharfer Zurückweisung der Verwerthbarkeit des Ausdrucks ius possessionis als eines technischen, darzuthun, daß der Besitz überhaupt keine Rechtswirkungen, d. h. keine Wirkungen, die unmittelbar aus ihm entstehen, habe. Die Auffassung Savigny's ist als die gegenwärtig herrschende zu bezeichnen. Nur spricht man nicht mehr im früheren Sinne von Rechten des Besitzes, wie dies noch Savigny thut, sondern von Rechtswirkungen oder rechtlichen Folgen desselben, und der Ausdruck ius possessionis als terminus technicus ist als aufgegeben anzusehen.[2]) Noch in neuerer Zeit haben indeß einzelne Schriftsteller sich bemüht, neben Usucapion und Interdicten andere Rechtswirkungen aufrecht zu halten.

Stellen wir die Frage nach den Rechtswirkungen des Besitzes so, daß darunter diejenigen rechtlichen Folgen verstanden werden, welche der Besitz, und zwar jeder Besitz, aber auch nur der Besitz, unter bestimmten gegebenen Verhältnissen nach sich zieht, in denen also ausschließlich das Wesen des Besitzes zu Tage tritt[3]), so sind nur die possessorischen Interdicte als seine Rechtswirkungen anzuerkennen[4]). Daß der Interdictenschutz insofern kein absoluter ist, als der Besitz nur gegen bestimmte Arten seiner Verletzung und Aufhebung geschützt und wiederhergestellt wird, steht der Auffassung der Interdicte als Rechtswirkungen des Besitzes in dem angegebenen

---

[1]) Civilrecht S. 351. 370 f. Note, 400.

[2]) Im corpus iuris kommt er nur an vier Stellen vor: l. 44 pr. de poss. l. 2 § 38 ne quid in loco publ. l. 5 § 1 ad leg. Iul. de vi publ. c. 5 de lib. caus. Was Brinz, Pand. Bd. 1 S. 57 unter ius possessionis versteht, nämlich der Inbegriff der rechtlichen Bestimmungen über das Dasein des Besitzes, in denen seine Naturseite theils anerkannt, theils rechtsähnlich modificirt ist, hat mit der hergebrachten Bedeutung des Ausdrucks wenig zu thun. In diesem Sinne gibt es ein ius possessionis, auch wenn, wie Brinz bemerkt, der Ausdruck sich nicht finden sollte.

[3]) Der Streit ist häufig ein bloßer Wortstreit gewesen, weil man sich nicht klar war, was unter den Rechtswirkungen verstanden werden sollte; vgl. Huschke, Tüb. Zeitschr. Bd. 2. S. 351 f.

[4]) Das i. unde vi steht freilich auch dem Usufructuar und dem Superficiar zu, die keine Besitzer sind. Das i. uti possidetis aber ist dem Superficiar nicht gegeben. In Ansehung des Usufructuars fand ein Schwanken statt. Es war für denselben, ebenso wie für den Superficiar, ein besonderes, dem i. uti possidetis ähnliches Interdict proponirt. Doch scheint ihm auch das i. uti possidetis in seiner eigentlichen Formel gegeben worden zu sein.

Sinne nicht entgegen, wieviel Gewicht man auch bei dem Interdictenschutze auf das odium der bestimmten Art der Störuug oder Aufhebung, wodurch die Reaction des Rechts hervorgerufen wird, legen mag. Auch läßt sich den ii. recuperandae possessionis die Eigenschaft als Rechtswirkungen des Besitzes nicht aus dem Grunde absprechen, weil diese Interdicte nicht den Besitz, sondern den Nichtbesitz des Klägers zur Voraussetzung haben. Gibt das Recht Mittel, einen bestimmten Zustand, wenn er aufgehoben ist, wieder herzustellen, so ist die Wiederherstellung freilich die unmittelbare Folge der Aufhebung, aber grade darum wenigstens die mittelbare Folge des vorhanden gewesenen Zustandes. Ebensowenig läßt sich entgegensetzen, daß die interdicta retinendae possessionis und nach älterem Rechte auch das interdictum de vi mit Ausnahme des Falles von vis armata ausgeschlossen sind, wenn der Besitz vi, clam, precario vom Gegner erworben worden ist. Denn diese Ausschließung hat, wenn sie auch in den Interdicten ständigen Ausdruck erhalten, doch nicht zu den Grundgedanken des Interdicts gehört, sondern ist, so lange das Interdiciren dem Prätor obgelegen, unter den Begriff der Ausnahme vom prätorischen Befehle, der exceptio, gefallen [1]), und hat auch im späteren Extraordinarverfahren den Charakter der exceptio beibehalten.

Wenn aber die possessorischen Interdicte auch die einzigen Rechtswirkungen des Besitzes in dem angegebenen Sinne sind, so folgt daraus nicht, daß die Rechtssätze, welche die Möglichkeit des Besitzes, seinen Erwerb, seine Fortdauer und seinen Verlust betreffen, nur auf die Interdicte Beziehung haben. Der Besitz ist kein einheitliches, nach einer Idee zu construirendes Rechtsinstitut, wie Eigenthum und obligatio. Er ist anderen Rechtsinstituten und Beziehungen im Verkehrsleben dienstbar gemacht, und äußert, je nachdem er dem einen oder der anderen dienstbar wird, die einen oder die anderen Wirkungen, die sich aber Mangels der Selbständigkeit des Besitzes auch nicht als selbständige Wirkungen desselben, sondern nur als Folgen der bestimmten Art seiner Verwendung im Rechtsleben und im Verkehrsleben überhaupt darstellen. So kann mit dem Erwerbe des Besitzes der Erwerb des Eigenthums verbunden sein.

---

[1]) Vgl. Karl Adolf Schmidt, das Interdictenverfahren S. 104 ff., wo die vorliegende Frage besonders eingehend behandelt ist.

Ein erworbener Besitz kann durch Usucapion oder Präscription zum Eigenthum an der Sache selbst und durch Perception der Früchte zum Eigenthum an diesen führen, auch zur Begründung der Publiciana in rem actio dienen. In anderen Fällen kann der Erwerb des Besitzes den des Pfandrechts, den des emphyteutischen Rechts, die Entstehung eines Precariums, die Begründung der Verpflichtungen eines Sequesters zur Folge haben und ein erworbener Besitz durch Zeitablauf den Erwerb des emphyteutischen Rechts selbst herbeiführen. Während aber der Besitz auf der einen Seite anderen Rechtsinstituten dienstbar gemacht ist, kann er auf der anderen denselben Rechtsinstituten, denen er von Rechtswegen unterworfen sein soll, feindlich gegenübertreten, so der Besitz dessen, der kein Recht zum Besitz hat, dem Eigenthumsrecht. In diesem Streit ist mit dem Besitz, da der Besitzer dem Eigenthümer nicht eher und nur dann zu weichen braucht, wenn der letztere sein Recht zur gerichtlichen Anerkennung gebracht hat, ein besonderer Vortheil, der von Manchen ebenfalls zu den Rechten des Besitzes gezählt wird, verbunden. Zur Zeit der Legisactionen konnte, wenn dem Besitz gegenüber Eigenthum angesprochen wurde, die Vertheidigung des Besitzers nur darin bestehen, daß er ebenfalls Eigenthum ansprach; der Besitzer aber siegte, wenn kein Theil Eigenthum beweisen konnte. Nach späterem Recht wird die Eigenthumsklage auch gegen den Detentor gegeben. Damit hat jener Vortheil im Proceß aufgehört, für den Besitzer charakteristisch zu sein. Er steht auf gleicher Stufe mit dem Selbstvertheidigungsrecht und dem Retentionsrecht, welche Befugnisse von manchen Schriftstellern ebenfalls als Rechte des Besitzes oder Besitzwirkungen bezeichnet werden, obwohl sie jedem Detentor gegeben sind.

Damit, daß dem Besitz an und für sich, d. h. ohne Rücksicht darauf, ob in ihm ein subjectives Recht des Besitzers zum Ausdruck kommt, rechtliche Wirkungen beigelegt sind, wird er zu einem geeigneten Object von Rechtsgeschäften in der Art, daß der Eigenthümer einer Sache, der nicht gleichzeitig Besitzer ist, mit dem Besitzer Verträge über die Sache abschließen kann, wie wenn die Sache für ihn eine fremde wäre. In der Regel kann Niemand Käufer, Miether, Commodatar, Depositar seiner eigenen Sache sein. Ist aber die Sache im Besitz eines Anderen, so kann der Eigenthümer sie kaufen, wenn der Vertrag ausdrücklich mit Rücksicht auf die aus der possessio

entstehenden Vortheile geschlossen wird. Dies ist in der l. 34 § 4 de contr. empt. ausgesprochen: Pomponius. Res suae emptio tunc valet, cum ab initio agatur, ut possessionem emat, quam forte venditor habuit, et in indicio possessionis potior esset. Der Satz wird von Tertullian in der l. 28 de poss.: — si rem meam tu possideas et ego emam a te possessionem eius rei vel stipuler, utilis erit et emptio et stipulatio, et sequitur, ut et precarium et conductio specialiter possessionis solius conducendae vel precario rogandae animus interveniat — auf Miethe und Precarium ausgedehnt. Er muß auch vom Commodat und Depositum gelten. Während die Tradition der Sache an den kaufenden Eigenthümer diesen zum Besitzer macht, wird der Eigenthümer, der seine Sache als Miether, Commodatar, Depositar erhält, nur Detentor. Der Eigenthümer aber, dem die Sache precario gegeben wird, erlangt dadurch, wenn die Absicht der Betheiligten darauf gerichtet ist, daß er Besitzer werde, zwar den Besitz, aber nicht den Eigenthumsbesitz, sondern den widerruflichen des Precaristen. Von solcher Uebertragung des Besitzes auf den Eigenthümer als Precaristen wurde ein ausgiebiger Gebrauch beim pignus gemacht.

§ 7. Grund des Besitzschutzes.

A. Zur Dogmengeschichte seit Savigny.

a. Polizeiliches Interesse als Grund des Besitzschutzes.

Die Entstehung der Interdicte wird nach der herrschenden Annahme aus guten Gründen in die Zeit der Legisactionen gesetzt. [1]) Ueber die ursprüngliche Bedeutung der Interdicte aber gehen die Ansichten weit aus einander.

Nach manchen Schriftstellern hat der Prätor mit den Interdicten polizeiliche Interessen im heutigen Sinn geordnet. So läßt Roßhirt [2]) die Interdicte zum Schutz einer Reihe bestimmter Verhältnisse, bei denen neben dem Privatinteresse auch das öffentliche Interesse hervortritt, durch Entschließung der Obrigkeit zur Verhütung weiteren Unrechts im Interesse des Staates eingeführt werden.

[1]) Vgl. die von Witte, das i. uti poss. S. 8, mitgetheilte Literatur. Von späteren Schriften erwähne ich Bethmann-Hollweg röm. Civilproceß Bd. I. § 54, Karlowa der Legisactionenproceß, Huschke die publicianische Klage.

[2]) A. f. civ. Pr. Bd. 8 I. S. 11 ff.

Zu diesen Verhältnissen gehört die possessio in ihrer alten Form oder vielmehr in ihrer Formlosigkeit als usus am ager publicus und am Privateigenthum. Der usus stellt den Gegensatz zu mancipium und nexum dar: er ist das mit dem Willen der Rechtssubjecte ohne äußere Form des Rechts Bestehende und durch sein Bestehen (mittelst usucapio) zum Recht Werdende. Sein Zweck ist, Rechtsformen (manicipatio und in iure cessio) unnöthig zu machen und dasselbe zu gewähren, was diese gewähren konnten. Ihn und neben ihm die rechtlichen Interessen von Privatpersonen an res extra commercium hat der Prätor durch die Interdicte in seinen polizeilichen Schutz genommen.

In ähnlicher Weise läßt Sintenis[1]) in den Interdicten die auctoritas magistratus aus höheren allgemeinen Rücksichten sich geltend machen, damit gegen Handlungen, die dem Zwecke des Staates zuwiderlaufen, um des Staates willen Schutz gewährt werde. Er bemerkt dabei, daß den possessorischen Interdicten kein anderer Charakter beigelegt sei, als den in Bezug auf andere Verhältnisse gewährten, und daß es nur ein genus von Interdicten gebe. Auch nimmt er auf die Eintheilungen im ersten Titel des 43. Buchs der Pandekten Bezug, wo die possessorischen Interdicte nicht einmal als eine besondere Abtheilung aufgestellt, sondern den interdicta rei familiaris tuendae causa beigezählt seien.

Auch Bethmann-Hollweg[2]) hat diese Auffassung. Nach ihm hat es sich bei der Ertheilung der Interdicte darum gehandelt, künftigen Rechtsverletzungen vorzubeugen oder thatsächlichen Störungen der öffentlichen Ordnung zu steuern. Daraus wird erklärt, daß die Interdicte sich auf den Schutz der loca sacra und der loca publica, sowie auf Besitzstreitigkeiten beziehen, bei welchen letzteren nicht über ein Recht an der Sache zu entscheiden, sondern einer Störung des öffentlichen Friedens einmal durch das Verbot der Gewalt, dann aber auch durch Aufhebung des Erfolges verübter Gewalt entgegen zu treten sei. Den possessorischen Interdicten ist nach demselben Schriftsteller das Gepräge davon, daß sie ursprünglich nicht zur Entscheidung eines Rechtsstreites, sondern um die thatsächliche Ausübung eines Rechts, insbesondere gegen Gewalt, Hinterlist und

[1]) Linde's Zeitschr. Bd. 7. VII. S. 253 ff.

[2]) Civilproceß Bd. I § 54 S. 202 ff. Bd. II § 98 S. 344 ff.

Treubruch zu schützen, eingeführt worden, auch zur Zeit des Formularprocesses geblieben.

Die drei genannten Schriftsteller gehen bei Zurückführung der possessorischen Interdicte auf polizeiliche Interessen nicht so weit, auch die Stellung der Interdicte im Systeme solchergestalt bestimmt werden zu lassen. Roßhirt sieht mit Savigny als die Fundamente der possessorischen Klagerechte obligationes ex maleficio an, Sintenis läßt den Besitz durch die Interdicte zu einer Art von Sachenrecht werden, und in der Darstellung Bethmann-Hollweg's hat wieder die Savigny'sche Auffassung unzweideutigen Ausdruck erhalten.

Dagegen hat Reuner [1]) den Gedanken der Zurückführung der possessorischen Interdicte auf den Schutz eines polizeilichen Interesses so weit verfolgt, daß er bei einer vermeintlich zureichenden systematischen Erklärung derselben angelangt ist. Der rechtspolitische Grund des Besitzschutzes leitet sich nach ihm aus dem Interesse ab, welches das römische Recht mit der possessio momentaria als solcher verknüpfe, und sie besteht in der Absicht, dem Besitzer das processualische commodum possessionis gegenüber jedem Dritten zu conserviren, welcher den Besitz ebenfalls für sich beansprucht, aber statt zu seiner Erlangung den Rechtsweg zu betreten, Eigenmacht übt oder doch zu üben Miene macht. An dies commodum possessionis ist, so meint Reuner, in den Quellen (§ 4 de interd.) die Motivirung der Einführung der interdicta retinendae possessionis geknüpft, und dieselbe ratio soll auch für die interdicta recuperandae possessionis anzunehmen sein. Der Besitzschutz habe die Natur nicht eines Rechtsschutzes, sondern eines blos polizeilichen Schutzes. Der Besitz werde durch diesen Schutz nicht zu einem Rechtsverhältniß, sondern stelle sich als ein blos factisches, aber polizeilich geschütztes Verhältniß dar, und weil der Besitzschutz blos polizeilichen Charakter habe, sei er vom Prätor nicht durch Gestattung von actio und iudicium, sondern durch Erlaß eines Interdicts ertheilt worden. Daß dem bloßen Detentor die Interdicte nicht zustehen, sucht Reuner auf zweifache Weise zu erklären, einmal damit, daß ursprünglich die rei vindicatio immer nur gegen den Besitzer, nicht auch gegen den Detentor habe angestellt werden können, dann aber auch damit, daß nur der wirkliche Besitzer ein Interesse an der Aufrechthaltung des

---

[1]) Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 135 ff. 210.

commodum possessionis habe. In letzterer Hinsicht führt er aus, daß, obgleich die actio in rem jetzt auch gegen den detentor nomine alieno gehe, es doch nur selten zu einem petitorischen Streite zwischen dem Vindicanten und dem bloßen Detentor kommen werde, einerseits, weil der Detentor ein Interesse habe, dem Besitzer den Streit anzuzeigen, der Besitzer auch, um sich das commodum possessionis zu sichern, gern den Streit aufnehmen werde, andererseits, weil der Vindicant, wenn er wisse, daß der Inhaber der Sache ein bloßer Detentor sei, daß ihm also sein Sieg im Streite gegen denselben keine exceptio rei iudicatae gegenüber dem Besitzer verschaffen würde, sich lieber an den letzteren wenden werde.

Den Auffassungen, nach welchen der Ursprung der Interdicte überhaupt in dem Bedürfnisse des Schutzes polizeilicher Interessen zu suchen ist, steht die Ansicht Puchta's [1]) gegenüber, der die ursprüngliche Bedeutung der Interdicte darein setzt, daß sie Jemandem eine Rechtshilfe haben geben sollen, der sonst keine gehabt habe, und der es für wahrscheinlich hält, daß der Prätor, der zur Zeit der Legisactionen dem Bedürfnisse einer solchen Rechtshilfe durch Gewährung einer Klage nicht habe entsprechen können, zu dem Auskunftsmittel der Interdicte und Decrete gegriffen habe. — Auch nach Karl Adolf Schmidt [2]) haben die Interdicte zur Zeit der Legisactionen die Stelle der späteren prätorischen actiones in factum vertreten. Es sollen also da, wo das Civilrecht keine Klage gegeben, auf einem Umwege mittelst der Interdicte und des an dieselbe sich anschließenden Sponsionsverfahrens Rechtsmittel gewährt worden sein. Jeden Versuch, das, was dem Interdictenverfahren, und das, was der actio in factum anheim zu fallen habe, nach Klassen von Gegenständen abzutheilen, hält Schmidt für einen vergeblichen. Die verschiedensten Dinge seien, bemerkt er, durch Interdicte verfolgt worden, und es gebe kein Interdict, dessen Zweck sich nicht auch vollständig durch in factum actio würde haben erreichen lassen. — Witte [3]) erklärt sich überall bestimmend, auch darin, daß ein allgemeines Princip, welchem die einzelnen Interdicte sich unterordnen, sich nicht auffinden lasse.

---

[1]) Institutionen Bd. 2 S. 156.

[2]) Interdictenverfahren S. 302 ff. 313 ff.

[3]) Das i. uti poss. S. 26 f.

§ 8. b. Obligationes ex delicto als Fundamente der Rechtsmittel des Besitzschutzes.

Von den Schriftstellern, welche die der Erhaltung und Wiederherstellung des Besitzes dienenden Rechtsmittel unter den Gesichtspunkt von Delictsklagen bringen, sehen die einen das Delict in der Gewalt gegen die Person des Besitzers an sich, die anderen in der Uebertretung des Verbots der Selbsthilfe.

Von den ersteren sind Savigny, Puchta, Kierulff und Bruns wegen der einem jeden von ihnen eigenen besonderen Begründung der fraglichen Auffassung hervorzuheben.

Nach Savigny[1]) liegt der Grund des Besitzschutzes in der Unverletzlichkeit der Person des Besitzers, insofern als der Besitz vermöge dieser Unverletzlichkeit gegen diejenigen Arten der Verletzung gedeckt wird, welche stets zugleich die Person berühren. Die Person nämlich soll schlechthin sicher sein gegen jede Gewalt. Geschieht ihr Gewalt, so ist dies immer ein Unrecht. Ein selbständiges Recht wird zwar durch Störung oder Entziehung des Besitzes nicht verletzt; aber in dem Zustande der Person ist doch etwas verändert zu ihrem Nachtheile, und soll das Unrecht, welches in der Gewalt gegen die Person liegt, in seinen Folgen gänzlich ausgetilgt werden, so kann dies nur durch Beschützung oder Herstellung des Besitzes geschehen. Das Interesse der verübten Gewalt wird dargestellt durch die aus der Möglichkeit des Eigenthums für den Besitzer entstehenden, theils processualischen, theils factischen Vortheile, nämlich das vom Beweise befreiende Beklagtenverhältniß und das Retentionsrecht wegen der zur Erhaltung der Sache und zur Fruchtgewinnung getroffenen Anstalten, außerdem aber auch durch den ohne Rücksicht auf die Möglichkeit des Eigenthums vorhandenen factischen Vortheil des Besitzers, die Sache gleich einem Eigenthümer benutzen zu können, wenn der wirkliche Eigenthümer nicht für gut findet, ihn zu verklagen.

In der Auffassung Puchta's[2]) verdichtet sich die Unverletzlichkeit der Person zu einem Rechte an der eigenen Person. Indem nämlich Puchta den im Besitze sich äußernden Willen sich auf sich selbst beziehen läßt, schreibt er ihm rechtserzeugende Kraft zu, und faßt seine Bethätigung im Besitzerwerbe und damit den Besitz selbst

---

[1]) Besitz § 6, insbes. Zus. der 6. Ausg.

[2]) Kleine jur. Schriften XIV S. 249 ff. (Rhein. Museum Bd. 3 XVII.)

als ein Recht, nämlich als ein Recht der Person an sich selbst auf, so daß die Persönlichkeit, der Wille des Besitzers, sich selbst zum Gegenstande hat. Der Schutz, der dies Recht als ein selbständiges erscheinen läßt, kommt nach Puchta der Persönlichkeit zu 1) abgesehen von aller Verwirklichung in äußeren Dingen als Recht der Persönlichkeit theils im Allgemeinen, theils einer gewissen Stufe der Persönlichkeit (status), theils der Persönlichkeit in einer gewissen moralischen Richtung (Recht der Ehre); 2) abgesehen von der rechtlichen Verwirklichung in äußeren Dingen, aber in Hinsicht auf eine natürliche Unterwerfung derselben, namentlich der Sachen. Beim Besitze soll also die Persönlichkeit unmittelbar geschützt werden, während bei anderen Rechten der Schutz unmittelbar diesen Rechten, der Persönlichkeit nur mittelbar zu Theil werde. Die possessorischen Klagen sieht Puchta, weil sie durch eine Verletzung des Rechts der Person an sich selbst, nicht durch die Verletzung eines Rechts an äußeren Gegenständen hervorgerufen werden, als Delictsklagen an.

Mit Puchta stimmt Kierulff[1]) darin überein, daß im Besitze der Wille der Person sich auf sich selbst beziehe. Im Gegensatze zu Puchta aber erkennt er im Besitze kein Recht, sondern bezeichnet ihn als „ein wirkliches Nichtrecht", das neben Recht und Unrecht einen selbständigen dritten Begriff ausmachen soll. Die Grundlage der possessorischen Interdicte ist nach ihm nicht im Besitze, sondern ganz ausschließlich in der Beschaffenheit der Handlungen zu finden, gegen welche die Interdicte Schutz geben sollen. Es muß, damit der Besitzer ein durch Klagen geltend zu machendes Recht erwerbe, ein besonderer „Erwerbungsgrund" hinzukommen, und dieser besteht nach Kierulff in einem Delicte. Ein solches ist vorhanden, wenn „juristisch ein wirklicher Wille" vorliegt, d. h. wenn der Besitz diejenigen juristischen Voraussetzungen hat, die ihn zum Interdictenbesitze machen, und ein anderer sich „in offenbaren Widerspruch" zu jenem Willen setzt. Aber nicht der Wille wird dabei respectirt und geschützt, sondern die eigenmächtige Behandlung des Willens, das willkürliche Handeln gegen das besitzende Subject wird untersagt und geahndet.

Bruns[2]) setzt in seiner Schrift: „Das Recht des Besitzes"

---

[1]) Civilrecht S. 347 ff.

[2]) S. 490 ff. Eine andere Auffassung wird von Bruns in der Schrift:

den Grund des Besitzschutzes in das allgemeine Recht des Willens. Der Besitz ist kein Recht, sondern ein Factum. Dies Factum aber wird, weil es factisches Dasein des Willens ist, des allgemeinen Rechts des Willens wegen gegen Gewalt geschützt. Das Recht des Willens ist seine Freiheit. Der Wille ist an sich, seinem Wesen nach, absolut frei. Die Anerkennung und Durchführung der Freiheit bildet das gesammte Rechtssystem. Zwang und Gewalt sind im Allgemeinen schon an sich Unrecht. Der Interdictenschutz des Besitzes wird also erklärt durch das Unrecht der Gewalt der absoluten Freiheit des Willens gegenüber.

In dem Verbote der Selbsthilfe hat Rudorff[1]) den Grund des Besitzschutzes erkannt. Derselbe bemerkt, in den Rechtsbüchern sei theils durch ausdrückliche Aussprüche, z. B. c. 11. unde vi, theils durch die Zusammenstellung des interdictum unde vi und der Constitutionen über die Selbsthilfe zwar hinlänglich dafür gesorgt, daß der Zusammenhang der possessorischen Interdicte mit dem Verbote der Selbsthilfe nicht übersehen werde; dennoch aber sei derselbe bei unseren Systematikern vielfach verloren gegangen. Rudorff's Ausführung geht dahin: die bisherige Detention habe als solche gegen jedes Ungericht, gegen jede Selbsthilfe Frieden, freilich vorausgesetzt, daß der Besitzer diesen Schutz und Frieden haben wolle, mit anderen Worten, daß er den animus possidendi habe; denn ohne diesen sei keine Gewalt denkbar, weil er sogleich nachgäbe. Das vim fieri veto dem Besitze gegenüber sei nur eine einzelne frühe Anwendung des Verbots der Selbsthilfe, und die Frage, weshalb werde der Besitz geschützt gegen ungerichtliche Verletzung, sei ein Theil der allgemeinen, weshalb sei ungerichtliche Gewalt oder eigenes Gericht überhaupt verboten. Das Wesen alles Friedens oder rechtlichen Zustandes bestehe darin, daß die bisher erlaubte Eigenmacht aller in die Einigung aufgenommenen Einzelnen verschwinde vor einer rechtlichen oder gerichtlichen Macht. Der thue also ein Unrecht, wenn auch kein materielles, der sein Recht nicht in der festgesetzten gerichtlichen Form, sondern ohne Recht und ungerichtlich verfolge. Er begehe einen Friedensbruch und vernichte den Rechtszustand. Das

---

Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts vertheidigt; vgl. unten § 9, a. E.

[1]) Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. 7. IV. S. 107 ff.

Unrecht dürfe seine Zwecke nicht erreichen, und das Verbot der Selbsthilfe trachte auch danach, es in seinen Folgen zu vernichten.

Th. A. Ludwig Schmidt[1]) hat sich die Rudorff'sche Erklärung des Besitzschutzes angeeignet. Nach ihm entspricht die Ableitung des Rechtsgrundes der Interdicte aus der Widerrechtlichkeit der Selbsthilfe allein allen Anforderungen, die an eine Theorie zur Erklärung der römischen Besitzklagen von dem Standpuncte der Wissenschaft aus gestellt werden können. Der Besitz werde nicht um seiner selbst willen, auch nicht um des Besitzers willen, sondern in odium des Störers geschützt. Dies will Schmidt darthun, indem er den Nachweis zu erbringen sucht, daß das Verbot der Selbsthilfe bei den Römern schon von Altersher bestanden habe, also nicht erst von Marc Aurel herrühre. Dabei bemerkt er, daß die Besitzklagen in ihrer ursprünglichen Gestalt wahrscheinlich nur ein Surrogat des Selbstvertheidigungsrechtes gebildet haben, indem man damit dem Besitzer, der nicht physisch im Stande gewesen, sich in seinem Besitze zu erhalten, mittelst Gestattung von Klagen rechtlich habe zu Hilfe kommen wollen. Dies Selbstvertheidigungsrecht möge also wohl die historische Veranlassung des Besitzschutzes gewesen sein, könne aber nicht als Rechtsgrund der Interdicte gelten. Freilich sieht sich Schmidt genöthigt, den Besitzschutz, auf den der Precarist Anspruch habe, da Selbsthilfe hier nicht denkbar sei, für eine Ausnahme, und den Besitzschutz des precario dans dem die Restitution verweigernden Precaristen gegenüber durch die „ganz unschuldige Fiction", daß auch hier Eigenmacht vorliege, zu erklären.

§ 9. c. Der Besitzschutz erklärt durch die Beziehung zwischen Besitz und Eigenthum.

Die accursische Glosse hat den Satz von der Zulässigkeit der exceptio dominii im Besitzprocesse aufgestellt. Der Satz hat das Mittelalter hindurch bis in die neuere Zeit Geltung gehabt. Es ist erklärlich, wie derselbe die Entstehung der Auffassung des Besitzes als eines präsumtiven oder provisorischen Eigenthums hat

---

[1]) Ueber das possessorische Klagerecht des juristischen Besitzers gegen seinen Repräsentanten. Gießen 1838.

erleichtern können. Diese Auffassung ist aber auch, nachdem jener Satz als ein nicht römischer beseitigt worden, nicht völlig verschwunden. Sie wird von Savigny noch in der fünften Ausgabe des Rechts des Besitzes aufrecht erhalten und ist erst in der sechsten aufgegeben.[1]) Auch Unterholzner[2]) steht noch unter ihrem Einflusse. Es dürfte allgemein zugegeben werden — bemerkt er — daß der rechtliche Schutz des Besitzes aus dem Gesichtspunkte eines zu vermuthenden (präsumtiven) und daher vorläufig anzunehmenden (provisorischen) Eigenthums aufzufassen sei. Daß der Dieb auf Schutz des Besitzes Anspruch habe, thue dem keinen Eintrag; der Zweck des Besitzschutzes würde verfehlt sein, wenn man Untersuchungen über das Recht zuließe. Zwar meint er, daß Savigny die Interdicte mit Recht in die Lehre der obligationes ex delicto stelle; doch fügt er bei, es frage sich, ob nicht richtiger der Besitz selbst als ein Recht, das den Mittelpunkt des Besitzschutzes bilde, zu gelten habe. Und in der That spricht er unmittelbar darauf aus, daß der Besitz auch abgesehen von seiner Redlichkeit ganz nothwendig als ein dingliches Recht betrachtet werden müsse, weil er eine Sache zum Gegenstande habe. Dennoch bleibt er bei der Meinung, daß die Besitzklagen obligationes ex delicto zur Grundlage haben. Der Besitz ist also nach ihm ein dingliches Recht, aber ohne dingliche Klage, ein Recht, das insoweit Schutz hat, als aus seiner Verletzung eine obligatio ex delicto entsteht, ähnlich wie durch bestimmte Verletzungen des Eigenthums die condictio furtiva, die auch keine Eigenthumsklage sei, begründet werde.

Andere Schriftsteller haben den Besitz den Vorbereitungszustand und die Vorbedingung für die Ausübung des Eigenthums, die Ausübung des Eigenthums selbst oder doch eine Art der Ausübung des Eigenthums neben anderen, das Dasein, die Erscheinung, das Abbild des Eigenthums genannt. Doch ist diese Anlehnung des Besitzes an das Eigenthum oft nur dazu benutzt worden, das Interesse des Besitzers an der Erhaltung und Wiederherstellung des Besitzstandes

---

[1]) In einem Zusatz der 7. Ausg. (S. 57 Note) heißt es: die Präsumtion ist wohl nicht so sehr an sich zu verwerfen, — als vielmehr nach der römisch eigenthümlich ausgebildeten Besitzlehre — weil besonders der Streit über Eigenthum und über Besitz sonst nicht streng aus einander zu halten sind, was das römische Recht so sehr verlangt.

[2]) Tüb. Krit. Zeitschr. Bd. 4 S. 359.

zu erklären, ohne daß darin der Grund des Besitzschutzes gefunden worden ist. Einige Schriftsteller aber lassen das Eigenthum selbst von seiner Fülle so viel hergeben, als sie nothwendig haben, um eine Grundlage für den Besitzschutz herzustellen.

Nach Tigerström[1]) hat der possessorische Schutz schon in „uralten Zeiten“ vor der actio Publiciana betreffs der Frage, wer bei den vindiciae, dem solennen Eigenthumsstreite, wenn beide Parteien auf gleiche Weise Eigenthümer zu sein behaupten, einstweilen die Sache haben solle, bestanden. Von diesem Ursprunge aus sollen sich Interdicte entwickelt haben und für das prätorische Edict benutzt worden sein. Die ratio des Besitzschutzes soll also darin bestehen, daß der Eigenthümer in seinem Besitze geschützt werde. Die Behauptung, Eigenthümer zu sein, führt Tigerström weiter aus, sei wesentlich beim Besitzstreite. Der malae fidei possessor, der Dieb könne nicht als solcher, sondern nur wegen des behaupteten Eigenthums possessorisch geschützt werden. Man halte ihn vorläufig für den Eigenthümer. Es könne also von einem besonderen, sogenannten juristischen Besitze, von einem Erwerbe oder Verluste desselben oder gar von einem besonderen Rechte des Besitzes nicht die Rede sein. Der Besitz sei vielmehr ein im Eigenthume enthaltenes Recht und die Lehre vom Besitze und den Interdicten gehöre in die Lehre vom Eigenthume.

Stahl[2]) sieht als innere Bestimmung des Besitzschutzes die provisorische subsidiäre Regulirung des Verhältnisses zu Sachen an, dessen definitive und eigentliche Regulirung das Eigenthum sei. Er erklärt es für angemessen, daß dem thatsächlichen Zustande der Gewalt über die Sache, die in Eigenthumsabsicht ausgeübt werde, ohne daß Eigenthum begründet sei, auch ein rechtlicher Schutz ertheilt werde, weil dieser Zustand, wie das Eigenthum, der allgemeinen Bestimmung des Vermögens: der menschlichen Befriedigung durch Sachen mittelst freier Gewalt über dieselben (mittelst Unterwerfung unter den Willen) diene. Dieser Schutz brauche nicht in einer Gewähr der Sache selbst gegen Jeden, der die Sache vorenthalte, sondern nur in einer

---

[1]) A. für civ. Pr. Bd. 22 III.

[2]) Rechtsphilosophie Bd. 2 III. Buch S. 397 ff. — Aehnlich Trendelenburg, Naturrecht auf dem Grunde der Ethik S. 172: Das Gesetz wahrt — in dem Besitze potentielles Eigenthum, bis bewiesen ist, daß Bedingungen dem Besitze fehlen, welche hinzutreten müssen, um den Begriff des Eigenthums zu erfüllen.

Gewähr des factischen Zustandes gegen den, welcher diesen Zustand (durch seine positive That) aufhebe, zu bestehen. Die Absicht des Besitzschutzes sei also, den factischen Zustand zu Sachen zu conserviren.

Eine andere Gestalt nimmt das Verhältniß von Besitz und Eigenthum bei Jhering[1]) an. Nach ihm wird die Defensive im Eigenthume durch die Besitzrechtsmittel, die Offensive in demselben durch die rei vindicatio repräsentirt. Es wäre, führt Jhering aus, um das Eigenthum geschehen, wenn der Eigenthümer, um sich im Genusse seines Rechts zu schützen, jedesmal sein Eigenthum beweisen müßte. Die Vollständigkeit des Eigenthumsschutzes postulire mit absoluter Nothwendigkeit den Satz, daß schon die bloße Thatsächlichkeit des Eigenthums, d. i. der Besitz, respectirt und geschützt werden müsse. Indem dieser defensive Schutz des Eigenthums, der nicht minder, als der offensive innerhalb seiner Sphäre ein absoluter sei, d. h. gegen jeden stattfinde, der das Eigenthum von dieser Seite antaste, von dem Beweise des Eigenthums entbunden werde, ergebe sich die Consequenz, daß auch der besitzende Nichteigenthümer desselben theilhaftig werde. Damit gestalte sich der Besitz zu einem selbständigen Rechtsverhältnisse neben und außer dem Eigenthume, zu einem Rechte an der Sache. Das Charakteristische dieses Rechtes bezeichnet Jhering als eine zur Selbständigkeit des Schutzes und Rechtes erhobene Situation des Eigenthums. Von gleichem Gesichtspunkte aus bestimmt Jhering die bonae fidei possessio als eine zur Selbständigkeit des Rechtes erhobene Form des offensiven Schutzes des Eigenthums und legt auch ihr den Charakter eines selbständigen Rechtes an der Sache bei. Indem nämlich die Publiciana in rem actio dazu bestimmt sei, den Beweis des Eigenthums durch einen leichteren zu ersetzen, welchen auch ein Nichteigenthümer führen könne, gestalte sie sich zum Schutzmittel eines selbständigen sachenrechtlichen Verhältnisses außer und neben dem Eigenthume. Möge dasselbe, führt Jhering weiter aus, im Zusammenstoße mit dem Eigenthume immerhin unterliegen, gleich wie der Besitz im Zusammenstoße mit einem von ihnen, so bewegen sich doch beide, so lange dieser Zusammenstoß nicht erfolgt sei, innerhalb der ihnen zugewiesenen Bahnen ganz mit der Kraft und Autorität eines Rechtes. Die Voraussichtlichkeit des Unterganges beim Eintritte eines gewissen Umstandes schließe die vorherige Existenz des Rechtes nicht aus.

[1]) Geist des römischen Rechts Th. 3. Abth. 1 S. 351 bis 353 (2. Aufl.).

Bruns hat in seiner späteren Schrift: „Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts“ [1]) seinen früheren Standpunkt selbst als unrichtig dargestellt. Die in der gedachten Schrift niedergelegte Auffassung nähert sich der Ihering's insofern, als er vermöge des inneren Zusammenhangs, den er zwischen dem Besitzprincip und dem Eigenthumsprincip annimmt, den Schutz des Besitzes als nothwendige Consequenz der Auffassung des Eigenthums, die auf der Anerkennung der Freiheit des Menschen in der Unterwerfung der unfreien Natur, der Sachen, beruht, ansieht. Und zwar soll der Besitzschutz darauf beruhen, daß der Mensch durch seine Freiheit (Persönlichkeit) von selbst berechtigt sei, die Sachen zu beherrschen, und daß daher sein Herrschaftswille (animus domini), wenn er durch Besitznahme zur thatsächlichen Herrschaft gelangt sei, ihm bei erwiesener Herrenlosigkeit der Sache von selbst absolutes Recht (Eigenthum) gebe, sonst wenigstens relatives insoweit, daß er nur dem erwiesenen Eigenthum oder sonstigem Rechte zu weichen brauche, bis dahin aber seine Herrschaft ihm wider seinen Willen weder gestört noch entzogen werden dürfe, er also insoweit durch seinen Besitz relativ mehr Recht habe, als der Nichtbesitzer.

§. 10. d. Die Besitzklagen als Schutzmittel eines selbständigen Rechtes.

Die im siebzehnten und achtzehnten Jahrhundert vielfach aufgestellte Ansicht, welche den Besitz als ein dingliches Recht neben Eigenthum und Servituten im Rechtssysteme unterbringt, hat auch nach dem Erscheinen der Savigny'schen Monographie noch einige Anhänger gefunden.

Schweppe [2]) führt aus, daß der Besitz, insofern er Rechte erzeuge und durch seine Folgen ein Recht werde, für die Zeit seiner Dauer selbst ein Recht an der Sache gegen Jeden, also ein dingliches Recht sei. Werde der Besitz aufgehoben, so gebe er freilich keine Klage gegen jeden Besitzer; aber die Natur des dinglichen Rechts bestimme sich nur nach seiner Eigenschaft während der Zeit seiner Fortdauer, weil man sonst in Fällen, wo jemand dem Eigen-

---

[1]) S. 288. 290 ff.

[2]) Privatrecht § 216 Nro. IV. Jurist. Magazin Bd. I. S. 40. Aehnlich Düroi, observ. de iure in re p. 5: — possessori, quia possidet bona vel mala fide, ius est possidendi adversus omnes homines atque id est ius in re.

thume eines anderen auf eine solche Weise ein Ende gemacht hätte, daß nur in personam actio stattfände, auch gegen die Dinglichkeit des Eigenthums streiten könnte. Dazu komme, daß die bonae fidei possessio gewiß ein dingliches Recht sei und die possessio doch „zu der nämlichen Gattung" gehöre.

Auch Mühlenbruch[1]) bezeichnet den Besitz als ein Recht, und zwar als ein in seinen eigenen Grenzen beschlossenes Recht, was daraus mit Nothwendigkeit folge, daß wegen Verletzung des Besitzes nur derjenige, der den Besitz nach bestimmten Voraussetzungen erworben habe, und nicht anders, als mit den dafür gegebenen Rechtsmitteln klagen könne. Der Besitz aber sei, führt Mühlenbruch aus, weder ein obligatorisches, noch ein absolutes dingliches Recht, sondern ein unvollkommenes, weil der Vindicationsbefugniß entbehrendes Sachenrecht.

Aehnlich faßt Sintenis[2]) den Besitz und den Besitzschutz auf. Er bezeichnet den Besitz als ein Recht, aber als das niedrigste unter denen, die sich unmittelbar auf Sachen beziehen, und führt aus, der Staatszweck setze nicht voraus, daß, um Rechtsschutz stattfinden zu lassen, die Person ein absolutes, d. h. das stärkste Recht habe. Es genüge, wenn der, welcher Rechtsschutz verlange, nur ein relatives, d. h. stärkeres Recht, als der Gegner habe. Doch könne der Besitz als Recht anderen Rechten nicht gleichgestellt werden; denn es finde keine Nachfolge in den Besitz statt, es könne Rechtsfähigkeit vorhanden sein ohne die Möglichkeit zum Besitzerwerbe u. s. w.

Einen anderen Standpunkt, der aber gar keine Kritik verträgt, nimmt Zachariä[3]) ein. Darnach ist die Störung des Besitzes unrechtlich, weil mit ihr das einem jeden Menschen von Natur zustehende Urrecht auf unbeschränkten Gebrauch der Kräfte seines Körpers und Geistes verletzt wird.

Auf der gleichen Stufe auch in Bezug auf Unverwendbarkeit steht die Auffassung Röders.[4]) Derselbe nimmt ein Urrecht der Unbescholtenheit an, das jedem Besitzer zur Seite stehe, vermöge dessen einstweilen angenommen werden müsse, daß jedes äußere Ver-

---

[1]) Doctrin. pand. § 233 Note 7.

[2]) Civilrecht Bd. I. § 42.

[3]) Diss. Universalia quaedam de possessione principia e iure Romano collecta.

[4]) Grundzüge des Naturrechts Aufl. 2. Abth. 2. S. 250.

hältniß einer Person zu einer Sache oder einer Person, welches möglicher Weise auf dem Grunde und in Folge eines Rechts bestehe, für dessen Ausübung es erforderlich sei, auch wirklich nur kraft eines solchen bestehe.

Es ist eine interessante Erscheinung, daß, so oft von einem Schriftsteller oder von einer Reihe von Schriftstellern neue Gesichtspunkte aufgestellt werden, um die eine Seite des Besitzes, sei es nun die factische oder die rechtliche, vor der anderen hervorzuheben, alsbald sich Gegner finden, welche neue Argumente zu Gunsten der zurückgesetzten Seite vorbringen. Gegen Bassianus, der die possessio als ein ius bezeichnet, reagirt Azo, der zuerst ebenfalls den Besitz als ein Recht angesehen hatte, bei dem aber demnächst die Gründe für die factische Natur des Besitzes die Oberhand behielten. Ueber Bassianus und Azo kommen die Juristen des Mittelalters nicht wesentlich hinaus. Erst die französischen Juristen des sechszehnten Jahrhunderts gaben der Lehre vom Besitze, die sie von den ihr anklebenden Traditionen zu befreien suchten, weitere Förderung, wobei sie zumeist die factische Natur des Besitzes in den Vordergrund stellten. Ihre Auffassungen verschafften sich auch bei den deutschen Juristen Geltung. Hier aber fand alsbald zu Gunsten der Rechtsnatur des Besitzes eine neue Reaction statt. Die Waffen, mit denen von beiden Seiten gekämpft wurde, blieben bis auf Savigny im wesentlichen unverändert. Der letztere hob mit neuen Hilfsmitteln wieder die factische Natur des Besitzes hervor. Als seine Auffassung sich Bahn gebrochen hatte, war auch sofort die Reaction zur Stelle, welche mit neuen Beweisgründen die Rechtsnatur des Besitzes darzulegen bemüht war. Alle Stadien dieses letzten Kampfes darzustellen liegt nicht im Plane dieser Arbeit. Nur diejenigen Auffassungen, mit welchen neue Seiten aufgedeckt und neue Gesichtspunkte aufgestellt worden, sollen dargelegt werden.

Gans[1]) sieht den Besitz als das Haben der Sache nach der Seite des besonderen Willens, als ein anfangendes unmittelbares Eigenthum an im Gegensatze zu dem wirklichen Eigenthum, bei dem die Allgemeinheit, d. h. Berechtigung des Besitzes vorhanden sei. Daß der besondere, wenn auch noch so unrechtliche Wille, geschützt

[1]) System des Civilrechts S. 202 ff. und: Ueber die Grundlage des Besitzes, eine Duplik.

werde, soll nach ihm darin liegen, daß der Wille schon an sich ein Substantielles, zu Schützendes sei, und daß dieser besondere Wille nur dem höheren, allgemeinen zu weichen habe. Der Besitz soll also zum Eigenthum in dem Verhältnisse des Natürlichen und Unmittelbaren zum Vermittelten stehen: er ist das erste auf die Außenwelt ausgedehnte Recht der Persönlichkeit. Diesen Gedanken führt Gans, wie folgt, weiter aus: Bei der Occupation dessen, was noch Niemandes Eigenthum sei, falle Besitz und Eigenthum zusammen. Anders, wenn der Besitz rückwärts, nämlich da anfange, wo schon Willensbefestigung durch Eigenthum vorhanden sei. Hier könne der Besitz ein Unrecht sein. Er verschwinde also gegen das Eigenthum gehalten. Damit aber habe die rechtliche Natur des Besitzes noch nicht aufgehört. Sie wirke nicht mehr, weil sie einem höheren, dichteren und befestigteren Rechte zu weichen habe, ebenso wie das Eigenthum gegenüber dem Vertrage weichen müsse. Sie bleibe aber Persönlichkeit, Recht, und gelte, wo ihr nicht das höhere Recht gegenüber stehe.

Die Auffassung Thaden's[1]) ist mit der eben dargelegten verwandt. Der Besitz ist nach Thaden die gewollte und wirklich erreichte Möglichkeit, über die Substanz einer Sache zu verfügen, womit alles Eigenthum anfange und woran auch die Fortdauer seiner Existenz noch in einem gewissen Grade immer gebunden sein müsse. Er mache also die Realität oder Existenz des Eigenthums ihrem Anfange wie ihrer Fortdauer nach aus, er stelle in sich das Eigenthum seiner Existenz nach dar. Aber auch dem vom Eigenthume getrennt und blos für sich bestehenden Besitze sei eine dem Charakter der ersten Besitzart (d. h. dem Besitze, mit welchem das Eigenthum erworben werde) entsprechende Bedeutung von den Gesetzen beigelegt worden, und zwar dem Usucapionsbesitze wegen der in ihm enthaltenen Möglichkeit, die Existenz des vollen Eigenthums zu vermitteln, aber auch dem bloßen Interdictenbesitze, in welchem in concreto ebenfalls die Möglichkeit des Eigenthumserwerbes durch praescriptio longi temporis, pr. longissimi temporis, pr. immemorialis und dreißigjährige Klageverjährung enthalten sei. Das Interesse am Besitze liege also in der Möglichkeit, durch Fortdauer des Besitzes Eigenthum zu be-

[1]) Untersuchungen über den Begriff des röm. Interdictenbesitzes und dessen Classification im Rechtssystem. Hamburg 1833.

gründen. Der Interdictenbesitz sei nur quantitativ vom Eigenthum verschieden. Ohne Interdicte aber würde der präscribirende Besitzer hilf- und schutzlos sein. Demgemäß glaubt Thaden auch den historischen Grund der possessorischen Interdicte in der Anforderung, den Besitz des Präscribirenden zu schützen, gefunden zu haben. Die Interdicte sind nach ihm ursprünglich für diesen Besitz bestimmt gewesen, dann aber darüber hinaus auf den Usucapionsbesitz und auf den Besitz des Eigenthümers ausgedehnt worden. Den Besitz bezeichnet Thaden als ein dingliches Recht, die Interdicte als dingliche Klagen. Die Lehre vom Besitze will er im Systeme der Lehre vom Eigenthume einverleibt wissen, da nur so die für das wechselseitige Verständniß der beiden Begriffe wichtige Bedeutung des Besitzes für das Eigenthum genügend hervorgehoben werden könne.

Der Gans'schen Auffassung in den Ausgangspuncten verwandt ist auch die Erklärung des Besitzschutzes, welche der jüngere Hasse[1]) gibt. Sie unterscheidet sich von jener aber darin, daß nach Hasse mit den Interdicten eine durch den Erwerb des Besitzes erworbenes Recht, welches aber nicht der Besitz ist, das vielmehr bis jetzt namenlos dasteht, und für das der terminus technicus erst gefunden werden müßte, geschützt wird. Hasse führt aus, der Besitzschutz beruhe darauf, daß der Einzelwille sich frei in den Dingen solle verwirklichen können, und daß, wenn er sich ein Ding unterworfen habe, dasselbe ihm ungestört unterworfen bleiben solle, bis er es selbst aus seinem Kreise ausstoße. Das Gehören des Gegenstandes unter den Einzelwillen könne dem allgemeinen Willen entsprechen, das Unterworfensein der Sache unter den Einzelwillen könne aber auch an und für sich entstehen, ohne daß der Sache im Augenblicke ihrer Unterwerfung das Gepräge des Unterworfenseinsollens aufgedrückt werde. Mit dem Besitzschutze erkenne das positive Recht den Willen, der im Besitze wirke, als einen rechtlich zu schützenden an und spreche für die Fälle des Schutzes das Gehören der Sache unter den Willen des Besitzers aus. Damit aber sei ein Recht an der Sache anerkannt. Das Recht sei dem Eigenthum intensiv gleich, aber in Bezug auf seine Grenzen sei es beschränkt, da es nur in gewissen Relationen auftrete. Das Recht entstehe, wie das Eigenthum an einer herrenlosen Sache durch Besitzergreifung erworben werde, ebenso durch Er-

[1]) Rhein. Museum Bd. 6. S. 189 ff.

greifung des Besitzes auch an einer nicht herrenlosen Sache. Es könne mit dem Besitze nicht identificirt werden, noch sei es eine Folge des Besitzes, auch hänge seine Fortdauer nicht mit dem Besitze zusammen. Aber es entstehe mit dem Besitze und komme bei gewissen Arten des Besitzverlustes in den interdicta recuperandae possessionis zur Erscheinung, bei anderen Arten höre es freilich vermöge seiner relativen Natur auf. Die Relativität widerspricht nach Hasse der Natur des dinglichen Rechtes nicht, wie ja auch das mit der Publiciana in rem actio verfolgte Recht, ebenso wie beim Ususfructus das Recht des Eigenthümers, da eine bestimmte Seite der Sache dem Willen des Eigenthümers nicht unterliege, ein relatives und doch dingliches sei.

Der Frage, wie zwei einander intensiv gleiche Rechte auf dieselbe Sache neben einander sollen bestehen können, da es doch ihre Bestimmung sein muß, einander zum Weichen zu bringen, geht Lenz[1]) damit aus dem Wege, daß er den Besitz allein als ein Recht auf die Sache anerkennt und dem Eigenthume die Bedeutung eines solchen abspricht. Der Besitz ist ihm das einzige Recht auf die Sache, das Eigenthum nur die rechtliche Möglichkeit, zur Beherrschung der Sache gelangen oder wieder gelangen zu können. Den von Kant zuerst aufgestellten Satz, daß Recht und Wille gleichbedeutend sind, prägt Lenz dahin aus, daß das wollende Ich nur das wollen kann, was vernünftig ist, daß es nicht wollen kann, was ein Anderer will. Er fährt dann fort, daß wenn es das eigene Gesetz Aller ist, daß Jeder Jeden in seinem Kreise frei schalten lasse, eine Collision der Einzelnen nicht denkbar, daß vielmehr begriffsmäßig der allgemeine Wille der Allen gemeine Wille sei. So gelangt er zu dem Satze, daß das Recht als solches Macht, nicht Dürfen, sondern Können, und sein Korrelat nicht Pflicht, sondern Unterwerfung sei. Die Konsequenz dieses Satzes für das Verhältniß von Besitz und Eigenthum geht dahin, daß der Besitz als Macht über die Sache auch Recht auf die Sache, das Eigenthum aber nur actio in rem sei.

§ 11. B. Kritik der zur Erklärung des Besitzschutzes aufgestellten Sätze.

Die Schriftsteller, welche über den Grund des Besitzschutzes geschrieben haben, sind am stärksten in der Negation der Ansichten,

---

1) Recht des Besitzes S. 87. 88. in Verbindung mit S. 30 ff.

gegen welche sie auftreten und mit deren Beseitigung sie der eigenen Ansicht Bahn zu brechen suchen. Das Positive, dem sie Raum gewinnen wollen, erliegt dagegen neuer Kritik häufig schon beim ersten Anlauf.[1]) Allmählich ist wohl das ganze Terrain, das sich zur Vornahme von Untersuchungen darbot, nach dem Grunde des Besitzschutzes durchsucht worden. Zwei der neuesten Schriftsteller sind zuletzt an der Grenze des Möglichen angekommen, Lenz, indem er den Besitz zu der dominirenden Stellung erhebt, die bis dahin das Eigenthum inne gehabt hat, Neuner, indem er in blos polizeilichem Interesse den Grund des Besitzschutzes findet.

Die Lenz'sche Auffassung stellt an die Rechtswissenschaft die Anforderung der Umkehr, aber nicht blos an die Rechtswissenschaft: Lenz rüttelt an den Grundlagen unseres Seins und Denkens überhaupt. Unbesorgt, daß die letzteren durch seine Mittel aus den Angeln gehoben werden können, habe ich es nur mit seiner Stellung zum Besitze zu thun. Ließe sich der Dualismus zwischen Recht und Thatsache mit dem Satze, daß das wollende Ich nur das Vernünftige und nicht das wollen kann, was ein Anderer will, in der Welt, in der wir leben, eben so aufheben, wie in der Welt, in welcher Lenz seine Anschauungen gewonnen hat, so wäre manches Räthsel gelöst, und es gäbe auch kein Problem des Besitzschutzes mehr. Aber freilich fiele damit eben so die Erklärung des Eigenthums als einer actio in rem. Denn man würde einer Klage überhaupt nicht mehr bedürfen. Lenz erkennt indeß selbst an, daß die „leibhaften Träger" der von ihm in Bewegung gesetzten „absoluten Mächte" die Ideen „knicken" müssen. Und in der Praxis des Rechts, in deren Dienste die Rechtswissenschaft steht, haben wir es ausschließlich mit jenen leibhaften Trägern, für die das Unzulängliche nun einmal Ereigniß ist, zu thun.

Aber so lange das Eigenthum ein Recht auf die Sache ist, kann der Besitz dessen, der die Sache wie seine eigene haben will,

[1]) Multae reperiuntur definitiones a Doctoribus traditae, qnae omnes mutuis telis corruunt, sagt Alciat zu l. 1. pr. de poss. Nro. 25 betreffs der Schwierigkeit, eine Definition der possessio zu geben, und Corasius (comment. in rubr. D. de adq. poss.) klagt, daß die Schriftsteller ihre Definitionen intentis inter se telis invicem ita lacerant et contundunt, ut earum nulla tranquille consistat. Dies gilt noch heut von den Versuchen, die Natur des römischen Besitzes und Besitzschutzes durch das Aufsuchen einer einheitlichen Rechtsidee, die sich darin ausprägen soll, zu ergründen.

ein solches nicht sein. Zwei Rechte, deren Inhalt die vollständige Herrschaft über die Sache ist, sind an derselben Sache neben einander nicht möglich. Sie schließen sich im System eben so aus, wie sie sich im Leben nicht mit einander vertragen. Das Recht des Eigenthums nimmt dem Besitz dessen, der die Sache wie seine eigene haben will, die Möglichkeit, ein Recht zu sein. Der besondere, von dem allgemeinen Willen unabhängige Wille, den Gans als den Schöpfer des Rechts des Besitzes und Hasse als den Schöpfer jenes mit dem Besitzerwerbe entstehenden und durch die Interdicte geschützten namenlosen Rechts ansieht, ist in jener Loslösung ohne die Kraft ein Recht zu schaffen. Das anfangende Eigenthum aber, mit dem Gans ebenfalls argumentirt, und das Thaden mit dem Besitze des Präscribenten in historischen Zusammenhang bringen will, ist eben noch kein Eigenthum, also kein Recht auf die Sache.

So wenig der Besitz neben dem Eigenthum ein Recht auf die Sache sein kann, ebensowenig kann er seine rechtliche Natur aus dem Eigenthum in der Art hernehmen, daß er als eine zum besonderen Rechte erhobene Eigenthumsposition (Jhering) oder als ein im Eigenthum enthaltenes Recht (Tigerström) oder als ein präsumtives oder provisorisches Eigenthum anzusehen ist. Die bonae fidei possessio, welche zur Begründuug der Publiciana in rem actio genügt, mag immerhin sich in der angegebenen Art erklären lassen. Der Interdictenbesitz weist diese Erklärung zurück. Denn die Interdicte finden auch gegen den Eigenthümer statt, ohne daß der Beklagte sich auf sein Eigenthum berufen kann. Stahl hat sehr wohl erkannt, daß seiner Auffassung des Besitzschutzes der römische Besitzschutz nicht gerecht wird. Indem er von dem Gesichtspunkte aus, daß der Besitz als provisorische, subsidiäre Regulirung des Verhältnisses zu Sachen, dessen definitive und eigentliche Regulirung das Eigenthum sei, an den Besitzschutz die Anforderung stellt, daß derselbe in einer steten Beziehung zum Eigenthum stehen müsse, sieht er sich genöthigt, einzuräumen, daß das römische Recht dieser Beziehung nicht die gehörige Geltung gebe, indem es Besitz und Eigenthum ohne anderen Zusammenhang als den, daß das interd. retin. possess. als Vorbereitung für den Eigenthumsproceß zur Feststellung der Rolle des Beklagten gebraucht werde, neben einander herlaufen lasse.[1]) Jhering sucht freilich auszuführen, daß der Zweck der

[1]) a. a. O. S. 399.

Erleichterung des Eigenthumsbeweises, welcher beim Besitzschutz damit eintrete, daß der Beweis auf das thatsächliche Bestehen des Eigenthums in der Gegenwart, d. i. des Besitzes, gestellt sei, durch Hineinziehen der Rechtsfrage vereitelt werden würde.[1]) Aber dies Argument trifft jedenfalls dann nicht zu, wenn das Eigenthum des Beklagten dem Kläger gegenüber keines Beweises mehr bedarf. Auch deshalb kann der Grund des Besitzschutzes nicht ausschließlich in der Beziehung des Besitzes auf das Eigenthum gefunden werden, weil die subjective und objective Eigenthumsfähigkeit mit der subjectiven und objectiven Besitzfähigkeit nicht zusammenfällt.[2]) Diese Erwägungen sprechen eben so gegen die von Bruns in seiner neueren Schrift adoptirte Meinung.

Es fragt sich weiter, ob es möglich ist, den Interdictenschutz durch die Art der Handlungen zu erklären, gegen die er gerichtet ist.

Ein Delict als Grund der possessorischen Interdicte könnte nur in Frage kommen, wenn in dem Verhalten, das als Delict gelten soll, ein Durchbrechen der öffentlichen Rechtsordnung, ein Unrecht an sich zu finden wäre.

Der Prätor nimmt mittelst des i. uti possidetis den Besitzstand in Schutz, wie er zur Zeit des interdictum redditum besteht. Eine Verpflichtung zur Unterlassung von Handlungen, die einen Eingriff in den Besitzstand eines Anderen enthalten, ist vor dem interdictum redditum nicht vorhanden. Erst durch den Befehl des Prätors entsteht eine solche Verpflichtung. Ein Unrecht an sich kann also in der Störung des Besitzes nicht liegen. Aber selbst die zukünftige vis, gegen welche das Verbot des Prätors formell gerichtet ist, wird durch dies Verbot zu einem Delict nicht gestempelt. Die Vornahme der vis ist die nothwendige Voraussetzung, um den Parteienstreit zur Entscheidung zu bringen, und ihre Nichtvornahme begründet Contumacialfolgen gegen den Imploraten in der Art, daß der Besitz des Imploranten als solcher vom Prätor anerkannt und durch das Imperium des Prätors gegen zukünftige Beeinträchtigungen geschützt wird.

Mit dem i. utrubi ordnet der Prätor an, daß ein Besitzstand, wie er in dem größten Theile des letzten Jahres vorhanden gewesen,

---

[1]) Jahrb. für Dogm. Bd. 9. I. S. 58.

[2]) Vgl. oben § 5.

bestehen bleibe, oder daß, wenn er nicht mehr besteht, der Implorant an der Wiederherstellung nicht gehindert werde. Handelt es sich um das Bestehenbleiben, so ist das Interdict nur gegen zukünftige Besitzstörungen wirksam. Vorangegangene werden durch dasselbe nicht berührt. Handelt es sich um Wiedererlangung des Besitzes, so erfordert das Obsiegen des Imploranten nur die Thatsache seines längeren, im Verhältniß zum Gegner fehlerfreien Besitzes im letzten Jahre. In beiden Fällen ist die Möglichkeit, ein Delict als Grund des Besitzschutzes anzunehmen, ausgeschlossen.

Anders liegt die Sache in Betreff des i. undi vi. Dies ist restitutorisch. Die Handlung muß verübt sein, wenn der Prätor angerufen wird; und wenn auch der Befehl des Prätors, zu restituiren, erst ein obligatorisches Band unter den Parteien schafft, so drückt doch nicht erst der Ausspruch des Prätors der Handlung des Imploraten den Stempel des Verbotenen auf. Die gewaltsame Dejection des Besitzers ist ein für allemal verboten. Auch wird das Rechtsmittel in der l. 1 § 2 de vi et de vi mit den leges Juliae de vi und den gegen die vis gerichteten kaiserlichen Constitutionen in Verbindung gebracht in der Art, daß für dasselbe ein gleicher rechtspolitischer Grund, wie für diese, behauptet werden zu sollen scheint. Ferner wird die vis des Dejicienten als delictum (l. 5 de interd. l. 19 de vi et de vi) als maleficium (l. 1 § 14. 15 de vi et de vi) als facinus (l. 3 pr. de vi et de vi) ausdrücklich bezeichnet, und die ganze Behandlung des Rechtsmittels, insbesondere die Zulassung der noxae datio und die Haftung des Universalsuccessors in Höhe dessen, quod ad eum pervenit, spricht für die Delictsnatur der vis, gegen welche das Interdict wirken soll.

Aber alles dies reicht nicht hin, um den Grund, aus welchem der Prätor die Restitution des gewaltsam dejicirten Besitzers befiehlt, nicht im Besitz, sondern in der Gewalt der Dejection zu finden. Die Delictsnatur der vis klärt nicht auf, wie der Prätor dazu gekommen ist, die gewaltsame Dejection grade des Besitzers zu einem Delict zu stempeln. Der Detentor, der den animus possidendi nicht hat, oder dessen Detention aus anderen Gründen kein Besitz ist, würde, wenn er ein rechtliches Interesse an der Aufrechterhaltuug seiner Detention hat, ebenso wie der Besitzer gegen Dejection geschützt sein müssen. Daß das Interdict dem Pächter und dem Verwalter, wie Savigny annimmt, unnütz sei, weil sie gegen Dritte durch die Interdicte des

Verpächters und des Geschäftsherrn und gegen den Verpächter und Geschäftsherrn durch ihr obligatorisches Verhältniß geschützt werden, trifft nicht zu. Dieser anderweite Schutz deckt nicht alle Fälle, in denen für sie die Möglichkeit der Wiederherstellung ihrer Beziehung zur Sache von Interesse ist. Und wenn es Fälle gibt, in denen ihnen das Interdict von Nutzen sein kann, so ist es unmöglich, den Grund der Restitution des gewaltsam dejicirten Besitzers nur in der Gewalt der Dejection zu erkennen.

Auch bei Ableitung der possessorischen Interdicte aus dem Verbote der Selbsthilfe würden sie dem Detentor gegeben sein müssen. Dem läßt sich nicht mit dem Rudorff'schen Satz entgegentreten, die Detention habe Frieden, wenn der Detentor Schutz und Frieden haben wolle, d. h. wenn er den animus possidendi habe, wenn er also Besitzer sei.

Die Erklärungen des Besitzschutzes, welche Puchta und Bruns, dieser in seiner ersten Schrift, geben, halten die Probe ebenfalls nicht aus. Die beiden Schriftsteller finden das Delict, durch welches der Schutz des Besitzes hervorgerufen werden soll, nicht in der Gewalt gegen die Person überhaupt, sondern in der Gewalt gegen den Willen, und zwar Puchta gegen den im Besitz sich auf sich selbst beziehenden Willen, der das Recht des Besitzes darstellt, Bruns in der Gewalt gegen das allgemeine Recht des Willens. Ein allgemeines Recht des Willens würde aber bei jeder Detention mit affectio tenendi anzuerkennen und der Puchta'sche sich auf sich selbst beziehende Wille würde wohl dem Pächter und dem Verwalter abzusprechen, aber doch auf Seite dessen, der eine nicht besitzbare Sache wie seine eigene, der beispielsweise einen locus religiosus religionem contemnens pro privato haben will, ebenso anzunehmen sein, wie auf Seite des Diebes und des Dejicienten. Diese Erklärungen decken also den Besitzschutz nicht. Abgesehen davon aber kann von einem Recht des Willens immer nur da die Rede sein, wo der Wille im Recht ist. Puchta sucht diesem Einwurf damit zu begegnen, daß er bei Begründung eines Rechts des Willens im Besitz von der Beziehung des Willens auf äußere Gegenstände absieht. Der Besitzbegriff läßt sich aber nicht in dieser Art festhalten. Mit einem Willen, der sich begnügt, sich auf sich selbst zu beziehen, wird es die Person nie zum Besitz bringen. Dazu ist die Richtung des Willens auf äußere Dinge erforderlich. Aehnliche Erwägungen sprechen gegen Bruns. Der Wille

ist seinem Wesen nach absolut frei. Darin ist Bruns unbedenklich beizutreten. Der Satz gilt aber im Rechte nur von dem Willen, der das Rechte will.

Während Lenz das rechtliche Element im Besitz sich soweit ausdehnen läßt, daß kein Recht auf die Sache neben dem Besitz Platz hat, verschwindet jenes Element bei Neuner vollständig. Lenz sucht die Unmöglichkeiten, welche sich in der von Gans aufgestellten Lehre finden, dadurch zu heben, daß er sie überbietet. Neuner zieht sich bei Aufrechthaltung der Lehre, nach welcher der Besitzschutz in den gegen den Besitz gerichteten äußeren Handlungen seinen Grund hat, vor der Unmöglichkeit, durch die Delictsnatur dieser Handlungen den Besitzschutz zu erklären, darauf zurück, daß er die Polizei für denselben verantwortlich macht. Damit ist die Untersuchung nach dem Grunde des Besitzschutzes jenseits der ultima Thule der Jurisprudenz angekommen. Wollte man noch fragen, weshalb die polizeiliche Fürsorge nur das commodum possessionis und nicht auch die in der bloßen Detention liegenden Vortheile im Auge hätte, so würde die Jurisprudenz eine Antwort nicht mehr zu geben haben, und man könnte sich mit dem Argumente Neuners, daß die mancipatio sub fiducia dem Depositar, dem Commodatar und anderen Detentoren Besitz verschafft und es daher ursprünglich „fast keine Detention" ohne Besitz gegeben hätte, begnügen, wie wenig dasselbe auch juristisch haltbar sein möchte.

§ 12. C. Entstehung des Besitzschutzes im römischen Recht.

Gaius, Ulpian und die Compilatoren sind der Meinung gewesen, die ursprüngliche Bestimmung des i. uti possidetis habe darin bestanden, die Parteirollen für den Eigenthumsstreit zu regeln. Dies erhellt aus Gai. IV. § 148, l. 1 § 2. 3. uti poss. und § 4 de interd. Aus der ersten und der letzten Stelle ergibt sich, daß Gaius und die Compilatoren für das i. utrubi denselben Ursprung angenommen haben. Daß dieser Meinung eine Kenntniß der Vorgänge, welche den Prätor veranlaßt haben, die Interdicte zu geben, oder eine Kenntniß der ersten Rechtsfälle, auf welche die Interdicte Anwendung gefunden haben, zum Grunde liegt, ist nicht glaublich. Es handelt sich um einen Schluß, der aus der Bedeutung, welche die Interdicte zur Zeit des Gaius und des Ulpian gehabt haben, auf den Grund

ihrer ersten Einführung gemacht worden ist, und es mag nahe gelegen haben, aus der Duplicität der Interdicte und ihrer häufigen Anwendung zur Vorbereitung der Vindication jenen Schluß zu ziehen. Historische Gewißheit geben jene Aussprüche nicht. Daß der historische Sinn nicht grade die Gabe gewesen ist, durch welche die Römer sich ausgezeichnet haben, wissen wir aus der Art ihrer Geschichtsschreibung. Und selbst bei dem ausgebildeten historisch-kritischen Sinne, der als eine der Signaturen der heutigen Zeit gelten kann, ist die Ermittelung der Veranlassung und des inneren Grundes von Gesetzen und anderen öffentlichen Kundgebungen, zumal solcher, die längere Zeit zurückliegen, nicht selten mit großen Schwierigkeiten verbunden. Die Frage der Entstehung der Interdicte ist also als eine offene zu behandeln, und ist auch in neuerer Zeit seit Savigny von den meisten Schriftstellern als eine durch jene Stellen nicht entschiedene behandelt worden. Daß bis auf Savigny die fragliche Herleitung der Interdicte nicht bezweifelt worden ist, kann wohl nur als Beweis der von jedem Skepticismus freien Hingabe der älteren Juristen an den Inhalt des corpus iuris gelten. Die Frage stand keiner Kritik offen. Ueberdies war im Gebiet der Lehre vom Besitz seit der Zeit der Glossatoren durch die neuen Rechtsbildungen, deren Sätze als römisches Recht gegeben wurden, für die Kritik ein so ausgiebiges Feld vorhanden, daß, auch wo kritischer Sinn sich zeigte, er nicht einmal der Aufgabe, das römische positive Recht zu erkennen, gewachsen war. Erst mit Savigny ist das Feld wieder frei geworden. Neuerdings hat Ihering den Ausspruch gethan, daß Angesichts der unzweideutigen wiederholten Nachrichten unserer Quellen jeder Versuch, für die Einführung der fraglichen Interdicte einen anderen Ausgangspunct zu gewinnen, auf sich beruhen bleiben könne. Bruns ist ihm darin beigetreten.[1])

Den Hauptgrund gegen die fragliche Herleitung finde ich nicht darin, daß die Interdicte auch gegen einseitige Besitzstörungen gegeben werden — dies könnte durch eine spätere Anwendung der Interdicte über ihren ersten Zweck hinaus erklärt werden —, sondern darin, daß die possessio zur proprietas überall nicht in einer solchen Beziehung steht, daß die Interdicte in der Bestimmung, dem Eigenthum

1) Savigny, Besitz S. 393. Note 3; Ihering, Jahrb. für Dogm. Bd. 9. I. S. 64, Besitzschutz S. 78; Bruns, Besitzklagen S. 21.

zu dienen, aufgehen. Hier finde ich keine genügenden Indicien dafür, daß ein Hinausgehen der Interdicte über ihren ursprünglichen Zweck stattgefunden habe, also jede nicht auf das Eigenthum berechnete Anwendung der Interdicte erst späteren Ursprungs sei. Vielmehr scheinen mir genügende Gründe dafür vorzuliegen, in der Gestaltung des alten römischen Eigenthums und des alten römischen Eigenthumsschutzes zwar die Veranlassung der Interdicte zu erkennen, aber nicht in der Art, daß die letzteren dem Eigenthum haben dienen, sondern daß sie Verhältnisse der Person zur Sache haben schützen sollen, die kein römisches Eigenthum waren.

Entstanden sind die Interdicte vor der lex Aebutia. Das römische Recht wurde in der älteren Zeit, soweit Beziehungen der Personen zu den Sachen in Frage kamen, vom Eigenthumsbegriff mit dem in der rei vindicatio gegebenen Eigenthumsschutze in der Weise beherrscht, daß eine Reihe von Rechtsverhältnissen, für welche die Oekonomie des späteren Rechts eine ganz andere war, als Eigenthum mit dem Schutze der rei vindicatio in das Leben gerufen werden konnten. So diente die Uebertragung des Eigenthums als Mittel der Sicherheitsbestellung für die Befriedigung eines Gläubigers des Uebertragenden, sowie als Mittel, um dem Pächter, dem Commodatar, dem Depositar die gesicherte Macht über die Sache zu verschaffen. Dieser ausgedehnten Verwendung des Eigenthums auf der einen Seite stand auf der anderen eine Rechtsökonomie gegenüber, vermöge welcher das Eigenthum als die einzige Rechtsgestalt, unter der die Unterwerfung der Sache unter den Willen der Person geschützt wurde, mit seinem in der rei vindicatio gegebenen Rechtsschutze sich unzureichend erwies, überall da auszuhelfen, wo das Bedürfniß vorlag, den in der Unterwerfung der Sache realisirten Machtwillen der Person als einen rechtlichen anzuerkennen und ihm Anspruch auf Rechtsschutz zu gewähren.

Der Eigenthumsschutz war auf den Erwerb des Eigenthums gestellt. Ein rechtlicher Schutz der Herrschaft über Sachen, an denen römisches Eigenthum nicht stattfinden konnte, existirte nicht, und eben so wenig wurde die Herrschaft geschützt, welche nicht mittelst einer der Erwerbsarten des jus civile erworben war.

In ersterer Hinsicht kommt die possessio am ager publicus in Betracht. Niebuhr[1]) hat zuerst die Hypothese der unmittelbaren

[1]) Römische Geschichte 2. Aufl. Bd. 2 S. 161 ff.

und ursprünglichen Beziehung der possessorischen Interdicte auf den Besitz am ager publicus aufgestellt und begründet. Savigny[1]) hat dieselbe mit geringen Modificationen angenommen. In der zweiten Ausgabe seiner römischen Geschichte durfte Niebuhr sagen, daß die Ergebnisse seiner desfallsigen Untersuchungen wohl ganz allgemein angenommen worden wären. Seitdem ist die herrschende Meinung eine andere geworden. Die Ansicht, daß die possessorischen Interdicte dem Bedürfnisse eines rechtlichen Schutzes der possessio am ager publicus ihre Entstehung verdanken, wird gegenwärtig nur sehr vereinzelt[2]) vertreten, und ist auch in der That nicht zu halten. Aber gute Gründe sprechen dafür, daß die possessio am ager publicus eins von den Machtverhältnissen der Person zur Sache gewesen ist, für welche der Schutz durch die possessorischen Interdicte stattgefunden hat. Puchta und Vangerow meinen zwar, daß jene possessio durch das interdictum de loco publico fruendo den Schutz, dessen sie bedurft, erhalten habe.[3]) Rudorff dagegen hält die Anwendung der possessorischen Interdicte auf Staatsdomänen für ebenso unzweifelhaft, wie die auf Privatgrundstücken, ohne jedoch — mit Niebuhr und Savigny — zu glauben, daß jene älter sei.[4]) Seine auf Cicero agr. III. 2, 3. gegründete Beweisführung, daß für Cicero wenigstens die Anwendung der possessorischen Interdicte auf den ager publicus eine ausgemachte Sache gewesen sei, ist nicht wohl anfechtbar. Kommt hinzu, daß nach l. 1 de loco publ. fruendo das dort behandelte Interdict zwar den Publicanen im Genusse der fructus, d. h. des Pachtgenusses der von den Landinhabern zu zahlenden Zehnten zu schützen bestimmt ist, daß aber für die Beziehung dieses Interdicts auf die possessio am ager publicus selbst kein

---

[1]) Besitz S. 198 ff.

[2]) Bethmann-Hollweg sagt noch in seinem Civilproceß des gemeinen Rechts Bd. 1. der röm. Civilproc. 1. Legisactiones 1864 § 54 Note 4, daß die Niebuhr'sche Ansicht gewichtige Gründe für sich habe.

[3]) Puchta Institut. Bd. 2 S. 549, Vangerow Pand. Bd. 1 S. 675. Böcking, Pandekten S. 454 Note 30, hat sich Puchta angeschlossen.

[4]) Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. 11. X. S. 338 bis 340. — Witte, das i. uti poss. S. 44, bemerkt vom i. unde vi, er halte es für unwahrscheinlich, daß dies Rechtsmittel zunächst zu Gunsten eines possessor von ager publicus eingeführt worden sei, bezweifle aber nicht, daß auch ein solcher possessor von demselben habe Gebrauch machen können.

Zeugniß existirt, diese possessio aber gewiß eines rechtlichen Schutzes ebenso genossen, wie sie desselben bedurft hat, so ist die Annahme, daß dieser Schutz in den possessorischen Interdicten bestanden habe, kaum abzuweisen.

In anderer Hinsicht hat Puchta überzeugend dargethan, daß in älterer Zeit Tradition und Occupation Eigenthumserwerbsarten des ius civile mit dem Schutze der rei vindicatio überhaupt nicht gewesen, daß diese Erwerbsarten für res nec mancipi vielmehr erst im späteren Recht zugelassen worden sind.[1] Nun scheint aber ein Rechtszustand kaum als möglich gedacht werden zu können, in welchem die rei vindicatio in ihrer Beschränkung auf den durch Erwerbsgründe des ius civile vermittelten Eigenthumserwerb die Bedürfnisse des Rechtslebens ausgefüllt hat. Die für die Veräußerung von Sachen durch mancipatio und in iure cessio nothwendigen Förmlichkeiten sind so schwerfälliger Natur, daß ihre Beobachtung in Ansehung der Sachen von geringerer Wichtigkeit wohl schwerlich die Regel im Rechtsverkehr gebildet, man sich vielmehr sehr häufig mit der Tradition begnügt haben wird auf die Gefahr hin, daß der Erwerber bis zum Ablauf der Usucapionszeit auf Treue und Glauben des Veräußerers gestellt war. Die auffallend kurzen Fristen der Usucapion waren hier wohl das erste Correctiv gegenüber den schwerfälligen Geschäftsformen des ius civile. Aber schon vor vollendeter Usucapion existirte das Bedürfniß eines rechtlichen Schutzes. Hatte der bisherige Eigenthümer die Sache tradirt, um dem Erwerber die Möglichkeit zu verschaffen, Eigenthümer zu werden, oder war eine res nullius occupirt worden, so war Niemand da, der Eigenthum an der Sache geltend machen konnte oder wollte. Der Erwerber stand, auch ohne vom ius civile als Eigenthümer anerkannt zu werden, der Sache am nächsten.

Nachdem der Rechtssatz, daß an res nec mancipi durch Tradition Eigenthum erworben werden konnte, entstanden war, bildete sich auch für die res mancipi ein duplex dominium aus, nämlich neben dem dominium ex iure Quiritum ein bonitarisches Eigenthum, welches durch Tradition, Occupation und die anderen Erwerbsgründe des ius gentium erworben wurde. Für dies bonitarische Eigenthum war possessio ebenso der terminus technicus, wie für das Macht-

[1]) Institut. Bd. 2 S. 621.

verhältniß am ager publicus. Das possidere iubebo des Prätors bei der missio ex secundo decreto verschaffte dem Immittirten bonitarisches Eigenthum. Das Alter desselben ist mit Sicherheit nicht festzustellen. Nach der Annahme Mayer's[1]) hat jedenfalls schon zur Zeit Cicero's ein vollkommenes Eigenthum in bonis existirt. Rechtlichen Schutz gab demselben der Prätor der rei vindicatio des quiritarischen Eigenthümers gegenüber durch die exceptio doli.[2]) Auch war die Publiciana in rem actio geeignet, dem bonitarischen Eigenthümer zur Verfolgung der Sache gegen Dritte zu dienen. Nach ihrer in die l. 1 pr. de Publ. i. r. a. aufgenommenen Formel hat sie einem anderen Bedürfniß ihre Entstehung verdankt. Manche Schriftsteller meinen, daß der Theil der Formel, der sich auf das bonitarische Eigenthum bezog, als antiquirt von den Compilatoren weggelassen worden ist.[3]) Wie dem auch sei, selbst nach der Formel, welche in das corpus iuris aufgenommen ist, konnte sie dem bonitarischen Eigenthümer, der durch Tradition eine res mancipi erworben hatte, nicht versagt werden.

Die Publiciana in rem actio und die exceptio doli sind jünger als die possessorischen Interdicte; denn die Möglichkeit der Einführung der ersteren ist erst durch die lex Aebutia, vor der es auch keine exceptio doli gab[4]), entstanden, während die Interdicte schon zur Zeit der Legisactionen ertheilt worden sind. Bis dahin wäre also das bonitarische Eigenthum ohne allen Schutz gewesen, wenn nicht der Prätor den usus, der durch die usucapio zum quiritarischen Eigenthum werden konnte, als possessio bis zur vollendeten Usucapion durch die Interdicte geschützt hätte. Die letzteren füllten also hier eine Lücke aus, welche die rei vindicatio mit ihren Voraus-

---

[1]) Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. 8. I. S. 47. 48.

[2]) Vgl. Mayer a. a. O. S. 35 ff.

[3]) Die neuesten Schriftsteller über Publiciana in rem actio, Gimmerthal, die publicianische Klage und die Mancipation, Bremen 1872, S. 12 ff., und Huschke, das Recht der publicianischen Klage, Stuttgart 1874, S. 7 ff., nehmen an, daß die Klage von Anfang an für das bonitarische Eigenthum berechnet gewesen sei, der erstere meint, daß sie lediglich zur Erleichterung des Schutzes für den durch Tradition in iusta causa erlangten Erwerb einer res mancipi erfunden worden, der letztere ist der Ansicht, daß sie für die beiden Functionen, den Schutz des gerechten Erwerbers von einem Nichteigenthümer und den Schutz des bonitarischen Eigenthümers bestimmt gewesen sei.

[4]) Gai. IV. §. 108.

setzungen im sachenrechtlichen Schutze ließ. Sie mögen auch schon für die Lücke, welche in Ansehung der res nec mancipi vor der Entstehung des Rechtssatzes von der Möglichkeit des Eigenthumserwerbes an diesen Sachen durch Tradition vorhanden war, als Complement gedient haben [1]).

Auch da, wo die Herrschaft über die Sache mit dem Eigenthum eines Anderen deshalb in Widerspruch stand, weil der Veräußerer nicht Eigenthümer gewesen oder die als eine res nullius occupirte Sache noch von dem Eigenthumsrechte eines Anderen ergriffen war, konnte das Bedürfniß eines rechtlichen Schutzes hervortreten. Der redliche Erwerber der Sache stand in solchem Falle vor dem Ablauf der Usucapionsfrist der Sache näher als jeder Andere mit Ausnahme des Eigenthümers. Das ius civile versagte ihm allen Schutz. Im späteren Rechte war ihm die Publiciana in rem actio gegeben. Bis zu ihrer Einführung wurde seine possessio wenigstens durch die possessorischen Interdicte geschützt.

Wäre es richtig, daß die rei vindicatio vermöge ihrer Doppelseitigkeit im älteren Recht nicht auf den Nachweis des Eigenthumserwerbes gestellt gewesen sei, daß der Richter vielmehr, wenn ein voller Beweis quiritarischen Eigenthums nicht geführt worden, zu Gunsten desjenigen, der das relativ bessere Recht nachgewiesen, seine Entscheidung abgegeben habe, so würden freilich die Lücken, zu deren Ausfüllung die possessorischen Interdicte nach den obigen Ausführungen gedient haben, soweit es sich dabei um den Mangel einer Erwerbsart des quiritarischen Eigenthums handelt, schon anderweit ausgefüllt gewesen sein. Aber jene Auffassung, welche in einer neueren Schrift [2]) in den Sätzen culminirt, daß bei der Beweisfälligkeit beider Parteien in Ansehung des behaupteten quiritarischen Eigenthums die Frage, wer mit seiner Vindication obzusiegen habe, auf die Frage, wer von beiden ein besseres Recht habe, zurückge-

---

[1]) Brinz, Pand. Bd. 1. S. 57 ff., bemerkt: „Die Civilisirung des Besitzes läßt sich vielleicht historisch erklären: nicht blos aus dem Handel und Wandel mit der p. am ager publicus, sondern näher noch aus dem mit Sachen überhaupt vor Einführung der Publ. actio, da man tausendmal blos Besitzer war unter denselben Umständen und in derselben Lage, in der man nachmals Eigenthümer ward." — Der Gedanke ist richtig; aber er erklärt nicht alle die Gestalten, in denen der Besitz auftritt.

[2]) Eck, die doppelseitigen Klagen, Berlin 1870. S. 16 f.

führt worden, und daß die Möglichkeit einer Verneinung beider Ansprüche ausgeschlossen gewesen sei, halte ich für durchaus unmöglich. Ihre Consequenz führt dahin, auch in dem Falle, wenn sich ergiebt, daß ein Dritter der quiritarische Eigenthümer ist, den Streit über quiritarisches Eigenthum nicht durch das quiritarische Eigenthum, sondern durch ein ganz anderes Ding, das römischrechtlich nicht qualificirbar ist, entscheiden zu lassen. So viel scheint allerdings zugegeben werden zu müssen, daß im Vindicationsprozeß das Glaubhaftmachen eines besseren Rechts zum Besitz den strengen Nachweis des quiritarischen Eigenthums bisweilen vertreten haben wird, da ja strenge Beweisregeln nicht galten. Aber im Formularproceß wird dies kaum wesentlich anders gewesen sein, als im Legisactionenproceß.

Deshalb scheint mir auch nicht angenommen werden zu können, daß die Schwierigkeit des zum Obsiegen mit der rei vindicatio erforderlichen Eigenthumsbeweises zur Einführung der possessorischen Interdicte geführt habe. Jedenfalls ist für das ältere römische Recht der Gesichtspunkt, daß vermöge jener Schwierigkeit der auf den Eigenthumserwerb gestellte Eigenthumsschutz seinen Zweck häufig verfehlt habe, und daß nach dieser Richtung hin die possessorischen Rechtsmittel ein Complement der Eigenthumsklage gewesen seien, in geringerem Maße als richtig anzuerkennen, als für das spätere. Die solennen Erwerbsarten des römischen Eigenthums hatten wenigstens den Vortheil, daß sie zur Erleichterung des Beweises des Erwerbes dienten. Anders lag die Sache in der späteren Zeit, als die Erwerbsarten des ius gentium schon einen selbständigen Schutz des bonitarischen Eigenthums begründeten. Hier konnte der auf den Erwerb gestellte und von dem Beweise des Erwerbes abhängige Schutz des dominium häufiger seinen Zweck verfehlen. Denn der Beweis der Erwerbsarten des ius gentium war schwerer zu führen, als der Beweis der alten solennen Erwerbsarten, und er wurde der Natur der Sache nach immer schwerer, je weiter der Erwerb der Zeit nach zurücklag. Für diese Fälle ist die Ausführung Iherings[1]) richtig, daß es um das Eigenthum geschehen wäre, wenn der Eigenthümer, um sich im Genusse seines Rechtes zu schützen, sein Eigenthum immer zu beweisen hätte. Insofern also können die posseso-

[1]) Jahrb. für Dogm. Bd. 9. I. S. 46 f. — Geist des röm. Rechts Thl. III. Abth. 1. S. 351 f.

rischen Rechtsmittel mit Grund ein Complement der Eigenthumsklage genannt werden. In dem hier in Frage stehenden Bedürfnisse liegt aber weder der Grund ihrer Entstehung, da sie älter sind als das fragliche Bedürfniß, noch wird durch die damit gegebene Erklärung die Gestalt, welche der Besitzschutz angenommen hat, gedeckt.

Dafür, daß die possessorischen Interdicte sich nicht zu Eigenthumsklagen entwickelt haben, ist ein Grund schon angedeutet. Von der immerhin nicht völlig unzweifelhaften Anwendung derselben auf den ager publicus, bei welcher selbstverständlich von ihnen als Rechtsmitteln des Eigenthumsschutzes nicht die Rede sein kann, läßt sich dabei absehen. Aber in ihrer Anwendung auf die Machtverhältnisse, die sich demnächst zu bonitarischem Eigenthume ausbildeten, dienten sie zum Schutze eines Besitzes, der zu dem Eigenthume, das mit der rei vindicatio geschützt wurde, von Grund aus im Gegensatze stand. Sind sie der älteste offensive Schutz jener Machtverhältnisse, wie die exceptio doli der älteste defensive, so mußten sie, um ihren Zweck zu erfüllen, neben der rei vindicatio hergehen, ohne daß die exceptio dominii gegen sie zuzulassen gewesen wäre.

Die Machtverhältnisse, aus denen sich das bonitarische Eigenthum entwickelte, wurden, da sie zum alten römischen Eigenthume in Widerspruch standen, anfänglich nur grade soweit geschützt, als das dringendste Bedürfniß gebot, nämlich soweit, daß sie eben thatsächlich bestehen konnten, bis sie zum Eigenthume selbst wurden. Diesen auf die äußerste Nothdurft eingeschränkten Schutz theilten sie mit anderen Machtverhältnissen, welche das ius civile ebenfalls als rechtliche nicht anerkannte, die aber auch nicht ohne allen Schutz gelassen werden konnten. Es sind dies Precarium und Pignus.

Das Precarium hat, wenn es auch bei den Römern als volkswirthschaftliches Institut eine große Bedeutung gehabt haben mag, als Rechtsinstitut nur eine kümmerliche Existenz. Der Precarist ist dem precario dans gegenüber ohne Recht. Der Sache gegenüber darf er wie ein Eigenthümer schalten, so lange es der precario dans gestattet. Man hätte ihn, wenn das Bedürfniß eines gerichtlichen Schutzes für ihn eintrat, an den, von dem er die Sache erhalten, verweisen, und von dem guten Willen desselben den Schutz seines Machtverhältnisses abhängig machen können, wie ja sein ganzes Machtverhältniß von dessen gutem Willen abhängig war. Wie aber,

wenn der precario dans kein gegen Dritte verfolgbares Recht hatte, sondern nur possessor gewesen war? Vielleicht um für diesen Fall den Precaristen nicht ohne allen Schutz zu lassen, vielleicht weil die besondere Bedeutung des Instituts im wirthschaftlichen Leben der Römer die Nothwendigkeit eines selbständigen. Schutzes für den Precaristen herausstellte, wurde ihm dieser Schutz in den possessorischen Interdicten gegeben.

Auch das pignus hat in der älteren Zeit als Rechtsinstitut nur eine geduldete Existenz gehabt [1]). Dem entsprach der Rechtsschutz, den es genoß. Es ist oben davon die Rede gewesen, daß die Uebertragung des Eigenthums als Mittel der Sicherheitsbestellung für die Befriedigung eines Gläubigers des Uebertragenden gedient habe. Eine solche Uebertragung mußte, wie jede andere Uebertragung römischen Eigenthums, mittelst einer der Rechtsgeschäftsformen des ius civile, also durch mancipatio oder in iure cessio vor sich gehen. Sowie aber die Tradition zu dem Zwecke, damit der Empfänger die Möglichkeit erhielt, Eigenthümer der Sache zu werden, an die Stelle der mancipatio und in iure cessio trat, ebenso trat an die Stelle der mancipatio und in iure cessio zum Zwecke der Sicherheitsbestellung die bloße Tradition der Sache an den Gläubiger, damit dieser für seine Forderung Sicherheit erhielt. So entstand eine neue Rechtsform der Verpfändung einer Sache, das pignus, welches ursprünglich wohl nur die Bedeutung hatte, den Schuldner dadurch zur Zahlung zu nöthigen, daß er, bis sie erfolgte, die zum Pfande gegebene Sache entbehren mußte. Das Machtverhältniß des Gläubigers zur Sache trug die Anforderung in sich, nach außen auf sich selbst gestellt zu werden. Der Anforderung wurde damit entsprochen, daß der Pfandgläubiger die possessorischen Interdicte erhielt. Dieselben waren ursprünglich neben der Diebstahlsklage die einzigen Rechtsmittel für ihn, um sich das Pfandobject zu sichern oder es sich wieder zu verschaffen.

Die Entstehung des dem Sequester Inhalts der Rechtsbücher ertheilten Besitzschutzes glaube ich nicht schon in die Ursprungszeit der Interdicte setzen zu können. Jenem Besitzschutze fehlt der Cha-

---

[1]) Puchta, Institutionen Bd. 2. S. 737; Rudorff, Ztschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. 13. IV. S. 185 ff.; vgl. auch Savigny Besitz S. 294 ff., Sintenis in Linde's Zeitschr. Bd. 7. VII. S. 432, Dernburg, Pfandrecht Bd. 1. §. 4.

rakter der Ursprünglichkeit. Er trägt das Gepräge der Reflexion an sich. Der Besitzschutz, den der Emphyteuta genoß, gehört, wie das ganze Rechtsinstitut der Emphyteuse, sicher erst der späteren Zeit an. In wieweit ein Zusammenhang zwischen der Emphyteuse und der possessio am ager publicus anzunehmen ist, lasse ich dahingestellt. Auch der Besitzschutz, den die possessio des hypothekarischen Gläubigers fand, ist späteren Ursprungs.

Sehe ich zuerst vom Besitze des Sequesters, dem des Emphyteuten und dem des Hypothekars ab, so halte ich nicht für angezeigt, daß die Interdicte zuerst für das eine oder das andere der Bedürfnisse, welche der sachenrechtliche Schutz des ius civile unbefriedigt ließ, bestimmt worden seien und sodann vermöge der Reflexion, daß sie auch für die anderen Bedürfnisse Aushilfe boten, weitere Ausdehnung erfahren haben. Denn der Prätor würde dann dem bestimmten Falle, in welchem das Bedürfniß zuerst zwingend wurde, den Schutz, welchen er ertheilte, angepaßt haben. Es würde auch schwer sein, wahrscheinlich zu machen, daß früher bei den Machtverhältnissen, aus denen das bonitarische Eigenthum entstand, als beim precarium und pignus, oder, wie Niebuhr annimmt, zuerst beim ager publicus die Nothwendigkeit des Schutzes zu den possessorischen Interdicten geführt hätte. Ich nehme an, daß bei der ersten Einführung der possessorischen Rechtsmittel ein allgemeineres, auf die eine oder die andere der fraglichen Lücken nicht beschränktes Bedürfniß erkannt, und daß deßhalb der Schutz in einer Form gewährt worden ist, welche ihn auch für die übrigen Fälle, in denen das Bedürfniß sich gezeigt hatte, geeignet gemacht hat.

Diese Verallgemeinerung der Voraussetzungen und Wirkungen der Interdicte hatte weitere Folgen für die Bedeutung derselben im Rechtsleben. Es konnte von ihnen auch da Gebrauch gemacht werden, wo dem Bedürfnisse des rechtlichen Schutzes schon durch die rei vindicatio abgeholfen war, ebenso wie die Publiciana in rem actio auch da, wo die rei vindicatio stattfand, angestellt werden konnte. Die Generalisirung der Voraussetzungen des Interdictenschutzes hatte weiter die Folge, daß derselbe auch für solche Machtverhältnisse, für die gar kein Bedürfniß eines rechtlichen Schutzes vorlag, nicht versagt wurde. Da nämlich das römische Eigenthum die einzige Rechtsgestalt war, in welcher die Unterwerfung der Sache unter den Willen der Person Rechtsschutz genoß, so war es

nicht möglich, die Interdicte hinsichtlich der Uebereinstimmung der in Rede stehenden Machtverhältnisse mit dem Rechte auf bestimmte Voraussetzungen zu stellen. Man konnte die fraglichen Machtverhältnisse nur schützen ohne Rücksicht auf das Recht, das ja immer nur den Eigenthumsschutz hatte, für das also die durch Tradition oder Occupation erlangte possessio vor abgelaufener Usucapionsfrist ebenso indifferent war, wie die Macht des Precaristen, der zur Sache in einem Rechtsverhältnisse überhaupt nicht stehen konnte, und die des Pfandgläubigers, der als solcher in der älteren Zeit ebenfalls in keinem vom Rechte anerkannten Verhältnisse zur Sache stand. Es ließ sich daher selbst demjenigen, dessen possessio auf der bewußten Verletzung des Rechts eines Anderen beruhte, der Besitzschutz nicht versagen, weil jede Berufung auf das Recht, jede Erörterung der Frage der Uebereinstimmung des Besitzes mit dem Rechte ausgeschlossen sein mußte, wenn das objective Recht kein anderes Machtverhältniß, als das römische Eigenthum, als rechtlich anerkannte, und doch das Bedürfniß des Schutzes auch für andere Machtververhältnisse vorhanden war. Von der Zulassung der exceptio dominii konnte auch aus diesen Gründen keine Rede sein.

In Folge der Unmöglichkeit, den Besitzschutz von der Uebereinstimmung des Besitzes mit dem Rechte abhängig zu machen, betonte man das Thatsächliche im Besitz, und indem man darauf angewiesen war, das Gemeinsame der Fälle des Interdictenbesitzes in der äußeren Erscheinung desselben zu suchen, fand man seine Grundlage in dem räumlichen Verhältnisse des Menschen zur Sache, in welchem die Sache sich als vollständig dem Menschen unterworfen äußerlich darstellt. Auf dieser Grundlage ließ er sich aber nicht festhalten. Man mußte ihm juristische Bestimmungen geben, die freilich so allgemein zu halten waren, daß sie den Zwecken des Besitzschutzes nicht zuwiderliefen, durch die er aber dahin gebracht wurde, auch ohne jene angenommene Grundlage existiren zu können.

Bei Zurückführung des Besitzschutzes auf die Ausfüllung von Lücken, welche dadurch entstanden, daß das ius civile den Schutz nicht gewährte, der für Machtverhältnisse verschiedener Art als nothwendig sich herausstellte, ist von dem vorclassischen Rechte der Römer auszugehen gewesen. Allmählich gestaltete sich das Recht anders. Die solennen Eigenthumserwerbsarten des ius civile traten zurück. Das bonitarische Eigenthum wurde zum wahren Sachenrecht. In

Fällen, in denen früher der usus nur die Bedeutung hatte, die usucapio zu ermöglichen, wurde jetzt mit dem Erwerbe der possessio sofort das Eigenthum erworben. Die rei vindicatio fand also in Fällen statt, in denen sie früher ausgeschlossen war. Die Publiciana in rem actio, welche vom Prätor zunächst nur für die Fälle bestimmt war, in denen der Erwerb einer Sache durch traditio ex iusta causa stattgefunden hatte, wurde auf alle iustae causae adquirendarum rerum ausgedehnt, und half nach zwei Seiten hin Mängeln auf, welche die Entstehung des Eigenthums in der Person des Erwerbers hinderten, einmal dem Mangel der Nachweisbarkeit des Eigenthums und dem des Eigenthums selbst auf Seite dessen, von dem der Kläger die Sache erworben hatte, dann dem Mangel einer Erwerbsart des ius civile. Das Pfandrecht endlich wurde durch Einführung der Hypothek und deren Verschmelzung mit dem Pignus umgeschaffen und mit besonderen Klagen versehen. Die Gründe also, welche den Besitzschutz in das Leben gerufen hatten, fielen zumeist weg. Er selbst aber blieb bestehen, und zeigte sich fortgesetzt, auch abgesehen vom Precarium, für das er bis zur Einführung der actio praescriptis verbis die Bedeutung des einzigen Schutzes behielt, als ein vielbenutztes Rechtsinstitut.

Daß eine Rechtseinrichtung mit dem Wegfall der Gründe, durch die sie in das Leben gerufen worden, nicht nothwendig zum Absterben verurtheilt wird, ist eine häufige Erfahrung. Die Einfügung einer Einrichtung in das gesammte Rechtsleben läßt sie nicht immer auf das Bedürfniß, durch das sie entstanden, beschränkt bleiben. Sie wird anderen Bedürfnissen dienstbar und erhält dadurch die von den Gründen ihrer Einführung unabhängige Gewähr der Fortexistenz. Manche von den Gründen, durch die man den Besitzschutz zu erklären gesucht hat, sind wenigstens geeignet zu erklären, daß die Römer ihn festgehalten haben. Hierher gehört die Verwendung des interdictum uti possidetis zur Regulirung der Parteienrollen für den Eigenthumsproceß, die Rücksicht darauf, daß dem Besitzer das commodum possessionis durch eigenmächtige Handlungen eines Eigenthumsprätendenten nicht entzogen werde, das Verbot der vis durch die julischen Gesetze, das Verbot der Selbsthilfe durch Marc Aurel. Decken können ja diese Rücksichten den Besitzschutz in der Gestalt, die er angenommen hat, nicht; aber sie motiviren, daß er fortdauernde Verwendung gefunden hat. Es sind

dies Rücksichten und Interessen, welche in dem socialen Leben der Römer der späteren Zeit ihre Erklärung haben. Neigung zur Gewaltthat und Unsicherheit des Eigenthums sind die Signatur desselben. Ueberall, wo diese Signatur sich zeigt, sind die possessorischen Processe von besonderer Wichtigkeit. Hervorragende Beispiele aus der römischen Rechtsgeschichte sind der Prozeß zwischen Cäcina und Aebutius und der in dem Bericht des Präfectus urbi Symmachus an den Kaiser Theodosius dargestellte Rechtsstreit zwischen Scirtius und Olibrius. Ebenso wird nicht verkannt werden können, daß die überaus häufigen Besitzprocesse, welche in den letzten Jahrhunderten des Mittelalters bei den Italienern und im sechzehnten und siebenzehnten Jahrhundert bei den Deutschen vorgekommen sind, und die damit in Verbindung stehende weitere Entwickelung der Lehre vom Besitz und Besitzschutz mit der Unsicherheit des Eigenthums und der Neigung zur Gewaltthat, welche jene Zeiten charakterisiren, in Zusammenhang stehen.

§ 13. D. Ausdehnung des Besitzes auf den Sequester, den Emphyteuta und den Hypothekarius.

I. Recht dürftig ist die possessio des Sequesters in den Rechtsbüchern behandelt. Die beiden auf sie bezüglichen Stellen sind l. 17 §. 1. depos. Florentinus: Rei depositae proprietas apud deponentem manet: sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est: nam tum demum sequester possidet: id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat — und l. 39 de poss. Julianus: Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponitur res. nam si omittendae possessionis causa, et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio eius partibus non procederet: at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat. Also nicht jeder Sequester besitzt, sondern nur derjenige, bei welchem die possessio selbst deponirt ist, d. h. bei dem die Sache mit der Bestimmung deponirt ist, daß er besitze. Eine solche mit dem Aufgeben des Besitzes verbundene Deposition hat den Zweck, den Usucapionsbesitz zu unterbrechen, so daß keiner der streitenden Theile in die Lage kommt, seine Usucapion fortzusetzen. Der Erwerb des Besitzes durch den Se-

quester hat also objectiv einen Streit, bei welchem die Usucapionswirkung des Besitzes in Frage kommen kann, zur Voraussetzung, hängt aber beim Vorhandensein eines solchen Streites ausschließlich von dem kund gegebenen übereinstimmenden Willen der Interessenten ab. Die Rechtsidee, welche dem Besitze des Sequesters zum Grunde liegt, besteht mithin darin, daß die streitige Sache aus dem Grunde, weil keiner der Parteien den Besitz haben soll, nicht besitzerlos werden kann, daß vielmehr dem Zwecke der durch die Deposition der Sache bei dem Sequester constituirten Rechtsverhältnisse entsprechend der Sequester Besitzer werden soll, damit er vermöge der Rechtsmittel des Besitzes in die Lage komme, die Sache gegen Dritte zu vertheidigen und sie so lange zu haben, bis der Streit und damit das Recht zum Besitze entschieden sei.

Ursprünglich scheint der Besitz des Sequesters eine Form der pignoris possessio gewesen zu sein. Dies ist die mit guten Gründen belegte Auffassung Rudorffs[1]). Derselbe stellt der in der Sponsio bestehenden civilrechtlichen Form der Wette die factische durch Pactio und Pignus gegenüber. Dieser Form hat man sich nach Rudorff bei außergerichtlichen Wetten und Glücksspielen bedient. Wird der Wettpreis bei einem Dritten deponirt, der ihn dem Sieger ausantworten und der zugleich Richter der Wette oder des Kampfes sein soll, so ist das entstehende Rechtsverhältniß Pignus mit einem commissorischen Vertrage für den Sieger. Der Sequester ist hier nicht einfacher Depositar, sondern possessor pignoris. Sintenis stimmt in der Hauptsache mit Rudorff überein. Er läßt den Besitz des Sequesters in der Art entstehen, daß die Streitenden in Folge des Compromisses den Besitz aufgeben und der Compromissar mit seiner Verwaltung beauftragt werde, damit die Sache nicht Gegenstand der Occupation sein könne. Für das justinianische Recht aber kann diese Auffassung nicht gelten. Davon, daß der Sequester, um Besitzer zu werden, Arbiter sein müsse, enthalten die Rechtsbücher nichts. Nach l. 39 de poss. kommt es darauf an, ob die Deposition in der Absicht, den Besitz aufzugeben, geschehen, und diese Absicht genügend manifestirt ist. Es kann also auch ein

---

[1]) Ztschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. 13. IV. S. 195 ff.; vgl. auch Dernburg Pfandrecht Bd. 1. §. 4 a. E.

Sequester, der nicht Arbiter ist, Besitzer werden. Auf der anderen Seite kann, da der Besitz des Sequesters nur als möglicher Usurpationsgrund Verwendung findet, auch ein sequestrirender Arbiter dann keinen Besitz erwerben, wenn kein Streit vorliegt, bei welchem die Usucapionswirkung des Besitzes in Frage kommt.

Der Besitz des Sequesters zeigt sich von allen Machtverhältnissen, welche auf den Schutz der possessorischen Interdicte Anspruch haben, am sprödesten gegenüber dem Bestreben, eine einheitliche Rechtsidee im Besitze und Besitzschutze aufzufinden. Bartels hat daher zum Leugnen des Besitzes des Sequesters seine Zuflucht genommen. Er will durch die Deposition der Sache bei dem Sequester, wenn die Usucapion unterbrochen werden soll, den bisherigen Besitz zwar aufhören, den Sequester aber nicht Besitzer werden lassen. Mit dem „nam tum demum sequester possidet" in der l. 17. § 1. depos. findet er sich in der Art ab, daß er paraphrasirt: denn erst mit der wirklichen Hinterlegung kommt der Sequester zur Detention. Damit scheint mir dem Juristen eine arge Trivialität in den Mund gelegt zu werden.[1]) Bruns läßt zwar den Besitz des Sequesters gelten, spricht aber aus, daß der animus possidendi des Sequesters durch den Mangel des eigenen Interesses noch mehr als in den übrigen Fällen des Besitzes ohne animus domini ausgeschlossen zu sein schienen, und daß auch die Quellen nicht andeuten, wie man die Gründe gegen die Möglichkeit eines eigenen Besitzes des Sequesters beseitigt habe.[2]) Dies Bedenken würde berechtigt sein, wenn der animus possidendi überhaupt ein Factor wäre, mit dem man rechnen könnte, während er doch nichts ist als der Wille der Person, ihr Machtverhältniß zur Sache eintretenden Falls mit den possessorischen Interdicten zu vertheidigen und sich wieder zu verschaffen. Sintenis sieht in dem Besitze des Sequesters „einen völlig abnormen Zustand", will ihn als eine besondere Gestaltung des Besitzes nicht gelten lassen, verweist ihn vielmehr zum Institute der Cautionen in den Proceß[3]). Die Abnormität gebe ich zu. Sie ist aber keine Besonderheit des Besitzes des Sequesters, sondern eine solche des römischen Besitzschutzes überhaupt.

---

[1]) in der oben S. 14 Note 2 allegirten Abhandlung.

[2]) Besitz S. 16 f.

[3]) Linde's Zeitschr. Bd. 7. VII. S. 250.

II. Es wird darüber gestritten, ob das mit dem Interdictenschutze verbundene Machtverhältniß des Emphyteuten nach Analogie der Fälle des Sachbesitzes aufzufassen ist, die Interdicte dem Emphyteuten also als corporis possessor zustehen, oder ob auf sein Verhältniß zur Sache die Analogie des Usus fructus anzuwenden ist, die Interdicte ihm also als iuris quasi possessor gegeben sind.

Das Rechtsverhältniß der Emphyteuse von innen heraus gedankenmäßig zu construiren, ist den Römern nicht gelungen. Man stritt, ob der Contract der Errichtung einer Emphyteuse als locatio conductio oder als alienatio aufzufassen sei. Der Kaiser Zeno bestimmte, daß er als keins von beiden gelten sollte, sondern sein eigenes Recht hätte.[1]) Der Satz, daß die Errichtung einer Emphyteuse keine Alienation sei, verträgt aber seine Consequenzen nicht. Das Verbot der Alienation trifft die Errichtung einer Emphyteuse sicher nicht minder, als die Bestellung einer Servitut oder eines Pfandrechts. Insofern hat Zeno allerdings das Richtige getroffen, als der contractus emphyteuticarius keine locatio conductio ist, sondern unter seinen eigenen Bestimmungen steht.

Im Mittelalter und noch in der neueren Zeit wurde die Emphyteuse mit verwandten Rechtsinstituten des germanischen Rechts unter einen und denselben Gesichtspunct gebracht, und als nutzbares Eigenthum, dominium utile, aufgefaßt. Diese Auffassung war die herrschende bis auf Thibaut. Von letzterem wurde sie mit Erfolg bekämpft[2]), und ist seitdem nur noch vereinzelt vertheidigt worden. Seit Thibaut gilt die Emphyteuse nach der herrschenden Meinung als ius in re, und steht neben Servituten, Superficies und Pfandrecht.

Ist diese Systematik auch richtig, so folgt daraus noch nicht, daß die possessio des Emphyteuten eine iuris quasi possessio sei. Denn auch der Pfandgläubiger hat ein ius in re und ist doch corporis possessor. Die Entscheidung der Frage, ob dem Emphyteuten corporis possessio oder iuris quasi possessio zuzuschreiben sei, hängt vielmehr davon ab, ob neben dem Emphyteuten auch derjenige, dem die sola proprietas zusteht, die possessorischen Interdicte hat. Wird diese Frage verneint, so steht nichts entgegen, den Emphyteuten als corporis possessor gelten zu lassen. Wäre sie zu bejahen, so würde

---

[1]) c. 1 de iure emphyt.

[2]) Civilistische Abhandlungen Nro. XI.

man sich weiter zu entscheiden haben, ob man das Machtverhältniß des Emphyteuten oder das dem Eigenthümer verbleibende Residuum von Recht als corporis possessio, beziehungsweise als iuris quasi possessio ansehen wollte. Denn neben der corporis possessio des einen von beiden hat nur eine iuris quasi possessio des anderen Platz.

Arndts[1]) bemerkt über diese Frage, daß für die Regulirung der Parteienrollen bei dem Eigenthumsstreite mehrer Eigenthumsprätendenten das interdictum uti possidetis nothwendig werde, daß der Eigenthümer ferner das interdictum unde vi gegen den, der sich Kanon und Quinquagesima anmaße und gegen den Emphyteuten selbst brauche, wenn dieser behaupte, freier Eigenthümer zu sein. Indem er dem Eigenthümer corporis possessio, dem Emphyteuten iuris quasi possessio beilegt, fügt er unter Bezugnahme darauf, daß Zehntrecht, Grundzins und ähnliche Rechte possessorisch geschützt werden, bei, daß, wenn man sich darein ergeben wolle, dem Eigenthümer iuris quasi possessio beizulegen, ein gleiches praktisches Resultat sich herausstelle.

Mit dem Heranziehen der Analogie von Zehntrecht und Grundzins hört die Frage auf, eine römisch-rechtliche zu sein. Die Ausdehnung des Besitzschutzes im Mittelalter auf jene und ähnliche Rechte macht freilich nothwendig, daß auch für den dominus bei der Emphyteuse eine Form des Besitzschutzes, gleichviel ob unter Annahme einer corporis possessio oder einer quasi possessio iuris gefunden wird. Beschränke ich die Frage aber auf das römische Recht, so halte ich die durch das Residuum von Recht, welches dem dominus verbleibt, ermöglichte Beziehung des dominus zur Sache für ungeeignet, um als Sachbesitz angesehen und mit dem Schutz der possessorischen Interdicte versehen zu werden. Für jeden, in dessen Namen ein anderer die Sache besitzt, läßt das constituirte Rechtsverhältniß immer noch die Möglichkeit einer unmittelbaren Einwirkung des dominus auf die Sache bei Fortdauer jenes Rechtsverhältnisses übrig. Bei der Emphyteuse ist diese Möglichkeit nicht vorhanden. Die Annahme einer iuris quasi possessio des dominus aber halte ich nach römischem Recht darum für ausgeschlossen, weil die Quellen absolut nichts von ihr wissen.

---

[1]) Linde's Zeitschr. N. F. Bd. 3. IX.

III. Einer der Unterschiede des Pfandrechts der späteren Zeit von dem älteren Pignus bestand darin, daß der Uebergang des Besitzes auf den Pfandgläubiger bis zum Zahlungstage suspendirt werden konnte. Bei entbleibender Zahlung wurden dann dem Gläubiger Rechtsmittel zur Erlangung der possessio gewährt. So gab ein vom Gläubiger mit dem Verpfänder abgeschlossenes pactum de ingrediendo, auferendo, abducendo dem ersteren nach c. 2. de pign. das Recht auf Anrufung der auctoritas praesidis zum Zwecke des adipisci possessionem, und in der l. 2. § 3 de interd. wird das interdictum Salvianum als interdictum adipiscendae possessionis bezeichnet und neben das i. uti possidetis und das in unde vis als interdicta retinendae, beziehungsweise recuperandae possessionis gestellt. An beiden Orten ist das Wort possessio offenbar im technischen Sinne gebraucht, so daß der in einer der gedachten Arten nachmals erworbene Besitz des Pfandgläubigers ebenso auf den possessorischen Schutz Anspruch hat, wie der sofort mit der Verpfändung eingeräumte Besitz [1]).

§ 14. E. Gesammtergebniß.

Das Resultat der in den letzten Paragraphen angestellten Untersuchungen fixire ich dahin:

Seine Entstehung verdankt der possessorische Schutz einer Reihe verschiedener Bedürfnisse, welche das mit einander gemein haben, daß ein zwischen einer Person und einer Sache hergestelltes volles Machtverhältniß eines rechtlichen Schutzes bedurfte, den ihm das ius civile nicht zuerkannte. Die possessorischen Interdicte sollten rechtliche Interessen schützen. Diesen Interessen lagen bestimmte subjective Rechte nicht zum Grunde. In seiner Bestimmung, die Lücken auszufüllen, welche durch die römische Gestaltung des Eigenthumsbegriffs und des Eigenthumsschutzes entstanden waren, erhielt der Besitzschutz das Eigenthum selbst nicht zur Grundlage. Precarium und possessio am ager publicus waren als Rechte nicht anerkannt, und das pignus hatte in der älteren Zeit ebenfalls nicht die Bedeutung eines selbständigen Rechtes. Der den rechtlichen Interessen

---

1) Rudorff Ztschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. 13. IV. S. 202 ff.; Bruns Besitz S. 5 f.

bestimmte Schutz hätte sich zu einem Schutze bestimmter Rechte gestalten können, wenn für die verschiedenen Fälle des Besitzes besondere, dem jedesmaligen Zwecke entsprechende Rechtsmittel eingeführt worden wären, wenn man also die Interdicte in ihrer Beziehung auf die mit dem animus domini verbundene possessio auf die besonderen, dem unmittelbaren Zwecke entsprechenden Voraussetzungen gestellt, und die correspondirenden Einreden gegeben, und wenn man ebenso für das precarium, die possessio am ager publicus, das pignus Rechtsmittel, welche dem Zwecke dieser Erscheinungen im Rechtsleben entsprachen, gewährt hätte. Indem man aber die Voraussetzungen des Besitzschutzes generalisirte, und damit auf der einen Seite den Schutz der rechtlichen Interessen auf die äußerste Nothdurft beschränkte, auf der anderen ihn über die Grenzen der Zwecke, denen er dienen sollte, hinausdrückte, konnte er eine Beziehung auf bestimmte subjective Rechte, denen er dienstbar zu machen gewesen wäre, nicht erhalten. Er erhielt somit eine andere Stellung im Recht, als die, welche den einzelnen Bedürfnissen, durch welche er hervorgerufen worden, entsprach. Es wurde ihm eine äußere Selbständigkeit gegeben, die aber nur eine scheinbare ist, weil er sich an kein bestimmtes subjectives Recht anlehnen kann. Dafür gab man ihm Anlehnung an ein juristisch bedeutungsloses Raumverhältniß, mit der er aber trotz seiner Verkümmerung nicht auskommen kann. In dieser Gestalt erhielt er Ausdehnung auf das Machtverhältniß des Sequesters, weil man ihn hier auch in der herabgedrücktesten Form noch verwerthen konnte, auf das des Emphyteuten wegen der Analogie der mit dem animus domini verbundenen possessio, auf das des Hypothekars wegen der Analogie des Pignus. In den fraglichen Anwendungen zeigt sich wieder der Stempel seines Ursprungs aus einer Reihe verschiedener rechtlicher Interessen, die nur das Bedürfniß eines rechtlichen Schutzes für die von der Person erlangte reale Macht über die Sache mit einander gemein haben. In seiner Anwendung auf den Sequester erhält er sogar Beziehung auf ein Machtverhältniß, bei dem die Person kein eigenes Interesse an der Aufrechthaltung ihrer Macht hat, sondern das Interesse Anderer wahrnimmt.

Von einer plastischen Vollendung, wie sie andere Institute des römischen Rechts zeigen, ist am Besitzschutze nichts zu bemerken. Seine Gestalt ist verkümmert geblieben. Nach einer einheitlichen

Von einer plastischen Vollendung, wie sie andere Institute des römischen Rechts zeigen, ist am Besitzschutze nichts zu bemerken. Seine Gestalt ist verkümmert geblieben. Nach einer einheitlichen Rechtsidee, als dessen Ausprägung der Besitzschutz anzusehen wäre, sucht man vergebens. Keine hat in ihm zur freien Entfaltung gelangen können. Wird er mit einer solchen zusammengebracht, so befindet er sich in einem Prokrustesbett. Entweder reicht sie für bestimmte Erscheinungen des Besitzschutzes nicht aus, oder sie geht weiter als der Besitzschutz reicht.

§ 15. Der Besitz als Object von Actionen.

In einer Reihe von Stellen der Rechtsbücher werden Klagen, welche darauf beruhen, daß ein Vermögenswerth aus dem Vermögen des Einen in das eines Anderen ohne rechtlichen Grund übergegangen ist, auch dann gegeben, wenn der Vermögenswerth nicht durch ein subjectives Recht auf die Sache, sondern durch den früheren Besitz der Sache dargestellt wird. Nach der l. 2 de cond. trit. und der l. 25 § 1 de furt. hat der frühere Besitzer, der durch Furtum oder Dejection den Besitz verloren hat, eine condictio possessionis gegen den Dieb oder den Dejicienten. Nach der l. 15 § 1 de cond. indeb. wird derjenige, der eine von ihm besessene Sache in der irrigen Meinung, daß er dieselbe einem Anderen schulde, diesem hingegeben hat, zur condictio indebiti gegen den Empfänger zugelassen. Nach der l. 46 und der l. 6 de don. i. v. e. u. hat der schenkende Ehegatte, auch wenn er nur Besitzer der fortgegebenen Sache gewesen ist, eine condictio gegen den Beschenkten. Ferner findet Inhalts der l. 9 pr. l. 21 § 2 quod met. caus. die actio quod metus causa auch in dem Falle statt, wenn dem Kläger durch den geübten Zwang der Besitz einer Sache, deren Eigenthum ihm nicht zusteht, entzogen worden ist.

Die in Rede stehenden Rechtsmittel scheinen auf die Behandlung in einer Lehre vom Besitz kaum einen besseren Anspruch zu haben, als die Condictionen und die actio quod metus causa auf Erörterung in der Lehre vom Eigenthum wegen der möglichen Beziehung der fraglichen Rechtsinstitute auf das Eigenthum. Besitz und Eigenthum stehen sich indeß, wenn es sich um die systematische Abrundung der Theorie des einen oder des anderen handelt, nicht gleich. Bei der plastisch vollendeten Gestalt des römischen Eigenthums kann aus der

Erörterung der Beziehungen, in welche jene Klagen zum Eigenthum treten, die Theorie vom Eigenthum keine Förderung mehr gewinnen. Dagegen ist bei der verkümmerten Gestalt, in welcher der römische Besitz auftritt, um der für das Wesen desselben aus seinem Verhältniß zu jenen Rechtsmitteln zu gewinnenden Bestimmungen willen eine nähere Erörterung dieses Verhältnisses in einer Lehre vom Besitz wohl gerechtfertigt.[1]) Dasselbe ist von der Rechtswissenschaft lange vernachlässigt worden, wohl aus dem Grunde, weil das praktische Bedürfniß für die in Rede stehenden Rechtsmittel in Folge der Ausbildung, welche die auf der Grundlage der possessorischen Interdicte beruhenden Rechtsmittel im Mittelalter erhalten hatten, in den Hintergrund getreten war. So bemerkt Menochi am Schluß seines wenig eingehenden Tractats über die aus l. 2 de cond. trit. hergeleitete Klage auf Wiedererlangung des Besitzes: caetera non prosequor, cum praesertim nec in forensi praxi sit multum usu receptum remedium hoc possessionis recuperandae.[2]) In neuerer Zeit hat Bruns die fraglichen Rechtsmittel wieder an's Licht gezogen.

Den Umfang der Zulassung der fraglichen Rechtsmittel bestimmt Bruns, indem er in den oben aufgenommenen Digestenstellen Anwendungen allgemeiner Rechtssätze findet, richtig dahin, daß die condictio possessionis in allen Fällen der condictio sine causa stattfindet, und daß außer der actio quod metus causa auch die übrigen prätorischen Restitutionsklagen bei Entziehung des bloßen Besitzes gegeben sind.[3])

Die Rechtsmittel sind jünger als die possessorischen Interdicte.

---

[1]) Die älteren Juristen haben die fraglichen Klagen den possessorischen Rechtsmitteln beigezählt und sie neben den possessorischen Interdicten behandelt. Dabei hat die ökonomische Bedeutung der Klagen, nicht die innere Verwandtschaft der Rechtsinstitute den Ausschlag gegeben. Gegen Rudorff, welcher (Nro. 161 der Zusätze zu Savigny's Besitz) die Verbindung der Besitzklagen mit dem Besitz als eine nur durch Zweck und Gegenstand vermittelte, äußerliche und zufällige bezeichnet, legt Bruns (Besitzklagen S. 188) grade auf jene ökonomische Seite Gewicht, indem er bemerkt: „Für das ökonomische Interesse ist die Art des Besitzschutzes meist sehr gleichgültig, und die formalen Unterschiede, die das Recht und der Jurist hier nothwendig machen muß, erscheinen dem Laien oft als reine Spitzfindigkeiten."

[2]) Comment. de recup. poss. III. Nro. 8.

[3]) Recht des Besitzes S. 37; Besitzklagen S. 185 f.

Die Einführung der prätorischen Restitutionsklagen ist erst durch die lex Aebutia möglich geworden. Auch eine condictio incerti hat es vor dieser lex nicht geben können, und die condictio possessionis konnte, da sie niemals auf ein dare, sondern nur auf ein tradere ging, immer nur eine condictio incerti sein. Die Ausbildung der condictio incerti fällt in die Zeit der classischen Juristen. Denn während noch Labeo Inhalts der l. 137 § 7 de verb. obl. es für usitatius et elegantius erklärt, bei der stipulatio, ut aliquid fiat, sich eine poena für den Fall, si ita factum non erit, versprechen zu lassen, so daß also die poena eintretenden Falls das Object einer condictio certi ist, geben Celsus Inhalts der l. 81 pr. de verb. obl. und Neratius in der l. 14 si quis caut. aus der stipulatio, quanti ea res erit, eine actio incerti auf das Interesse. Ließ man aus einer Stipulation, die nicht auf ein certum gerichtet war, eine condictio incerti zu, so war damit auch die Möglichkeit einer condictio incerti unter den Voraussetzungen der condictio sine causa gegeben. Celsus selbst hat Inhalts der l. 2 de cond. trit. und der l. 25 § 1 de furt. diese Consequenz dahin gezogen, daß er dem Dejicirten und dem Bestohlenen, auch wenn der Eine und der Andere nur Besitzer, nicht Eigenthümer gewesen, eine condictio possessionis gibt. Ebenso läßt Neratius Inhalts der l. 12 § 2 de cond. furt. eine condictio possessionis des bestohlenen Pfandgläubigers zu.[1])

Darin trete ich **Bruns** bei, daß die Besitzcondictionen nicht blos dem früheren Besitzer, sondern auch dem Eigenthümer gegeben sind, der seinen Besitz unter den Voraussetzungen der Condiction verloren hat.[2]) Ich halte es für unmöglich, gegen die condictio possessionis den Einwand zuzulassen, der Kläger sei nicht blos Besitzer gewesen, sondern Eigenthümer.

---

[1]) Bruns, Besitzklagen S. 198 f., kommt auf anderem Wege zu demselben Resultat betreffs der Bestimmung der Zeit, in welcher die condictio possessionis entstanden ist.

[2]) Besitzklagen S. 199 ff. — Brinz, Pandekten Bd. 1. S. 398, sagt, daß die Fälle der condictio possessionis sämmtlich vorauszusetzen scheinen, daß der Condicent ehedem nichts anderes gehabt habe, als possessio. Die condictio possessionis ist gewiß ursprünglich auf diesen Fall berechnet gewesen, da ja der Eigenthümer die condictio certi hatte. Aber wenn man eine auf den früheren bloßen Besitz gestellte Klage einmal zuließ, konnte man sie auch dem Eigenthümer nicht versagen, wenn er nicht als Eigenthümer, sondern nur als ehemaliger Besitzer auftreten wollte.

Eine andere Streitfrage ist die, ob das Verhältniß der Besitzklagen zu den possessorischen Interdicten das einer electiven Concurrenz ist, wie Bruns annimmt, oder ob, wie Rudorff meint, die Widerrufsklagen erst da beginnen, wo die Interdicte aufhören, wirksam zu sein.[1]) Ist der Besitzverlust mit dem Willen des früheren Besitzers eingetreten, so würde eine elective Concurrenz nur beim interdictum utrubi in der Bedeutung, die dasselbe im älteren Recht gehabt hat, möglich sein, da dies Interdict allein unter allen possessorischen Interdicten bei einem Besitzverlust mit dem Willen des früheren Besitzers nicht ausgeschlossen gewesen ist. Hat dagegen der bisherige Besitzer wider seinen Willen den Besitz verloren, so würde sowohl das i. utrubi in seiner älteren Bedeutung mit den Besitzklagen, wenn der Besitz einer Mobilie in Frage steht, als auch, wenn es sich um eine Immobilie handelt, das i. unde vi mit der condictio possessionis und der actio quod metus causa, die ja auch bei vis deiectiva gegeben ist, electiv concurriren können. Ich finde im Wesen der in Frage kommenden Rechtsmittel keinen Grund, die elective Concurrenz, wenn sie überhaupt sachlich möglich ist, nicht anzuerkennen.

Der Umfang des Anspruchs richtet sich nach dem Klagegrunde, beziehungsweise der Veranlassung der Klage. Ist dies ein Delict, so geht die Klage auf vollen Schadenersatz.[2]) Andernfalls ist die Bereicherung des Beklagten der Gegenstand des Anspruchs.

Ob die Besitzklagen durch petitorische Einreden elidirt werden, ist streitig. Bruns hält dergleichen Einreden für unstatthaft. Die Bereicherung besteht nach ihm in allen Fällen der Besitzentziehung in dem Haben des Besitzes „ohne oder vor Beweis des Rechts.“ Solle daher die Klage ihrem Grund und Gegenstand entsprechen, so dürfe die Rückgabe des Besitzes nicht durch den Beweis eines Rechts, also einer petitorischen Einrede, verzögert werden. Andernfalls verliere der Besitzer das commodum possessionis insofern, als er während der Beweisführung den Besitz factisch entbehren müßte, und der Andere genösse einen Vortheil, auf den er „keinen rechtlichen Grund“ hätte, da erst mit dem Urtheil dieser rechtliche Grund einträte. Nur bei voller Liquidität des Eigenthums oder des sonstigen Rechts ohne

[1]) Bruns, Besitz S. 33, Rudorff zu Savigny's Besitz Nro. 161.

[2]) Windscheid Pandekten § 161 Anm. 5, Bruns Besitzklagen S. 202.

allen Gegenbeweis wäre daraus eine exceptio doli nach der Regel: dolo facit, qui petit, quod redditurus est, zu entnehmen.[1])

Diese Ausführung halte ich für abwegig. Daß die possessorischen Interdicte ihr eigenes Recht haben, daß also aus der für sie geltenden Ausschließung der petitorischen Einreden für die Besitzklagen nichts folgt, erkennt Bruns selbst an, indem er die letzteren durch das liquide Eigenthum des Beklagten elidirt werden läßt. Aber auch das illiquide Eigenthum muß den Stoff einer Einrede hergeben können. Ein Unterschied läßt sich darauf nicht gründen, daß der Eigenthümer erst mit dem Beweise seines Eigenthums einen „rechtlichen Grund" für den Besitz erhalte, und daß dem Nichteigenthümer, der sine causa seinen Besitz verloren, Unrecht geschähe, wenn er den Besitz während der Beweisführung entbehren müßte. Denn wenn auch für den Eigenthümer, der zur Klage genöthigt ist, um sich den Besitz zu verschaffen, die Erlangung des Besitzes davon abhängt, daß er sein Eigenthum beweist, und wenn diese Beweispflicht auch dahin führen kann, daß der Eigenthümer längere Zeit den Besitz zu entbehren hat, und daß er ihn, wenn er den Beweis verfehlt, niemals erhält, so ist dies doch nur die Folge der Unzulänglichkeit der Mittel des Rechts, die Wahrheit zu erforschen und zu erkennen. Und wenn diese Unzulänglichkeit die Folge hat, daß der Besitzer seinen Besitz behält, so läßt sich darauf nicht der Satz gründen, daß der bestehende Besitz des Eigenthümers ohne rechtlichen Grund sei, und daß ein solcher Besitz wegen Mangels des rechtlichen Grundes dem früheren Besitze des Nichteigenthümers weichen müsse. Nicht zwei collidirende Rechte stehen sich gegenüber, sondern ein Recht und ein rechtliches Interesse, dem das objective Recht keinen Schutz gewährt, wenn es mit einem subjectiven Recht collidirt. Aus jener Unzulänglichkeit kann sich kein Rechtsprinzip consolidiren, auf Grund dessen eine Wiederherstellung des Besitzes auch dem Eigenthümer gegenüber zu erfolgen hätte, und das Wort: hoc ipso quod possessor est, plus iuris habet, quam ille, qui non possidet, kann immer nur vom Besitzer gelten, nicht von dem, der ohne Recht besessen und seinen Besitz an den Eigenthümer ver-

---

[1]) Besitzklagen S. 203 ff., wo auch die neuere — übrigens abgesehen von den Ausführungen, welche Bruns gibt, wenig eingehende — Litteratur über die vorliegende Frage angegeben ist.

loren hat. Es ist nur die Wahl gegeben, die Analogie der Interdicte auf die Besitzklagen anzuwenden, also alle petitorischen Einreden auszuschließen, oder diese Einreden in vollem Umfange zu geben. Die erstere Alternative entbehrt der gesetzlichen Basis. Es ist nur die zweite möglich. Der von Bruns eingeschlagene Mittelweg würde freilich nicht als an sich irrationell anzusehen sein. Ein Rechtssystem mag sehr wohl damit bestehen können, daß bei Klagen auf Wiedererlangung eines sine causa verlorenen Besitzes dem Kläger die Besitzvortheile vorläufig bis zur Liquidität des vom Gegner angesprochenen Rechts wieder zu gewähren sind. Hat doch die Meinung, daß selbst den possessorischen Interdicten gegenüber wenigstens die liquide Eigenthumseinrede zuzulassen sei, in späterer Zeit unbestritten gegolten. Aber ein solches Rechtsprinzip müßte, wenn es für das römische Recht anzuerkennen wäre, deutlich ausgesprochen sein. Aus der Natur des römischen Besitzes und seiner Beziehung zum Eigenthum folgt es nicht.

Uebrigens muß die exceptio dominii in allen Fällen als ausgeschlossen gelten, in denen der Beklagte durch die Art seiner Besitzergreifung die Strafen der verbotenen Selbsthilfe gegen sich begründet hat. Das decretum D. Marci bezieht sich nach richtiger Auffassung nur auf obligatorische Rechte. Aber die c. 7 unde vi straft den Eigenthümer, der seine Sache gewaltsam dem Besitzer entzogen hat, mit dem Verlust seines Eigenthums.

Wie der exceptio dominii als exceptio doli nach dem Satze „dolo facit, qui petit, quod redditurus est“, Folge zu geben ist, ebenso müssen auch die Einreden, welche blos die Besitzfrage betreffen, wenn sie unter den Begriff der exceptio doli zu bringen sind, zugelassen werden. Die Besitzklage des Dejicienten wird also durch die Einrede elidirt, daß der Kläger mittelst des i. unde vi zur Herausgabe der Sache an den Beklagten angehalten werden könnte, wenn der letztere nicht schon im Besitz wäre. Ebenso die Klage des Precaristen durch die exceptio precarii. Ausgeschlossen sind die Einreden, wenn der Beklagte den Besitz auf eine solche Weise erlangt hat, daß das die exceptio vitiosae possessionis nicht zulassende i. unde vi gegen ihr begründet sein würde [1]).

Nach Ihering soll eine Einrede auch darauf, daß der Kläger

---

[1]) Bruns Besitzklagen S. 207 ff.

den Besitz, den er zurückfordert, mittelst eines Delicts von einem Dritten erlangt habe, wegen des daraus sich ergebenden mangelnden Interesses des Klägers gegründet werden können. Ich halte dies mit Bruns für unrichtig. Da der Dieb reipersecutorische Klagen, wie die actio depositi und die actio commodati, unbeschadet der exceptio dominii, hat, so sind ihm auch die Condictionen und Actionen zur Wiedererlangung des Besitzes gegen Dritte nicht zu versagen [1]).

Beschränkt zuzulassen ist die Einrede der Compensation. In der c. 14 § 2 de compens. schließt sich an die Bestimmung, in welcher die gedachte Einrede der actio depositi gegenüber für unzulässig erklärt wird, folgender Satz an: Possessionem alienam perperam occupantibus compensatio non datur. Ein perperam occupare wird in allen Fällen anzunehmen sein, wo das i. unde vi begründet ist, und zwar auch in dem Falle der c. 11. unde vi, nach welcher derjenige, der eine vacua possessio absentis occupirt, als praedo angesehen werden soll. Man wird die Stelle aber auch in Ansehung der beweglichen Sachen, wenn die Voraussetzungen der condictio furtiva vorliegen, anzuwenden haben. Ausgeschlossen ist die Anwendung, wenn der Erwerb durch eine Tradition, wenngleich durch eine erzwungene, also unter den Voraussetzungen, welche die a. quod metus causa begründen, stattgefunden hat. [2])

§ 16. Possessio civilis und possessio naturalis.

Der in einigen Stellen der Pandekten vorkommende, von der Zeit der Glossatoren an bis auf den heutigen Tag bestrittene Gegensatz von possessio civilis und possessio naturalis hat für das römische Recht selbst so geringe Bedeutung, daß er aus der römischen Besitzlehre verschwinden könnte, ohne daß dieselbe Schaden litte. Kein Rechtssatz ist davon, wie man den Gegensatz auffaßt, abhängig. Auch wird kein besseres Verständniß der Natur des Besitzes durch ihn vermittelt. Seine Hauptbedeutung besteht in den Mißverständnissen, die er veranlaßt hat, und durch die er einer der Hebel geworden ist, mittelst deren die Juristen des Mittelalters die römische Besitztheorie aus den Angeln gehoben haben.

---

[1]) Bruns a. a. O. S. 208.

[2]) Bruns a. a. O. S. 207.

Die Ausdrücke „civilis possessio“, „civiliter possidere“ und gleichbedeutende kommen in folgenden Stellen vor: l. 3 § 15 ad exhib. Ulpianus: Sciendum est adversus possessorem hac actione agendum non solum eum qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter incumbat possessioni. denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet. — l. 7 § 1 ib. Ulpianus: — si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum (et ita Pomponius scribit), quamvis tunc civiliter non possideas. — l. 26 pr. de donat. i. v. e. n. Paulus: Si eum, qui mihi vendiderit, iusserim eam rem uxori meae donationis causa dare, et is possessionem iussu meo tradiderit, liberatus erit, quia, licet illa iure civili possidere non intellegatur, certe tamen venditor nihil habet quod tradat. — l. 24 de poss. Javolenus: — peculium, quod servus civiliter quidem possidere non potest, sed naturaliter tenet, dominus creditur possidere. — l. 2 § 1 pro herede. Julianus: Quod volgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intellegatur. et propterea responsum est, neque colonum neque eum, apud quem res deposita aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse. — l. 1 §§ 9. 10. de vi et de vi. Ulpianus: Deiicitur is, qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat: nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. Denique et si maritus uxori donavit, eaque deiecta sit, poterit interdicto uti, non tamen, si colonus. — l. 38 §§ 7. 8. de verb. obl. Ulpianus: Haec quoque stipulatio: possidere mihi licere spondes? utilis est: quam stipulationem servus an possit utiliter in suam personam concipere, videamus. sed quamvis civili iure servus non possideat, tamen ad possessionem naturalem hoc referendum est, et ideo dubitari non oportet, quin et servus ita recte stipuletur. Plane si tenere sibi licere stipulatus sit servus, utilem esse stipulationem convenit: licet enim possidere civiliter non possint, tenere tamen eos nemo dubitat.

Gegenwärtig sind die angedeuteten Mißverständnisse, deren praktische Consequenzen in einer gründlichen Umwandelung der römischen Rechtsmittel des Besitzschutzes bestanden haben, wissenschaftlich überwunden. Die Controverse über die Bedeutung jenes Gegensatzes aber besteht noch; und zwar sind es drei Hauptansichten, welche noch jetzt um die Herrschaft kämpfen. Nach der einen ist possessio civilis

der Usucapionsbesitz, nach der anderen der Interdictenbesitz, nach der dritten der mit dem Willen, die Sache wie eine eigene zu haben, verbundene Besitz ohne bestimmte civilrechtliche Mängel. Die Stärke der zur Begründung einer jeden derselben aufgestellten Argumente besteht auch hier in der Negation der positiven Sätze der übrigen Auffassungen.

Savigny, der die erste Ansicht vertritt [1]), faßt die Bedeutung des Wortes „civilis“ für das Privatrecht dahin auf, daß es alles das sei, was nicht aus dem ius gentium, noch aus dem prätorischen Rechte, sondern aus einer lex, einem Senatusconsult oder als Gewohnheitsrecht entstanden sei, und da im Civilrecht nur ein „Recht“, dessen Anwendung den Besitz voraussetze, nämlich die Usucapion, existire, so könne possessio civilis nur soviel heißen, als possessio ad usucapionem. Dabei sieht sich Savigny genöthigt, dem Ausdruck „possessio naturalis“ keine ein für allemal bestimmte Bedeutung beizulegen, sondern den Ausdruck einmal als Gegensatz des Usucapionsbesitzes, dann aber auch als Gegensatz des Interdictenbesitzes aufzufassen, so daß sich nur durch Aufsuchung des Begriffs, dessen Gegensatz ausgedrückt werden solle, bestimmen lasse, welche possessio naturalis da, wo das Wort in den Pandekten gebraucht werde, gemeint sei.

Wäre mit dem Worte civilis nothwendig die Beziehung auf Usucapion gegeben, so ließe sich gegen diese Auffassung nichts einwenden. Denn die übrigen Stellen widersprechen ihr insofern nicht, als die possessio, welche nach den Stellen keine possessio civilis ist, auch kein Usucapionsbesitz sein kann. Aber jene Beziehung ist nicht genügend indicirt. Nirgend, wo unzweideutig vom Usucapionsbesitze die Rede ist, wird der Ausdruck possessio civilis gebraucht.

Die zweite Auffassung, deren Hauptvertreter Thibaut, Kierulff, Pfeifer und Sintenis sind [2]), hat nicht einmal das für sich, daß jene Stellen der Pandekten bei ungezwungener Auffassung sich mit ihr vereinigen lassen. Eine unbefangene Betrachtung wird aus der l. 3 § 15 ad exhib. entnehmen, daß der Pfandbesitzer keine possessio civilis hat, und aus der l. 26 pr. de don. i. v. et u., sowie

---

[1]) Besitz § 7.

[2]) Thibaut im A. f. civ. Pr. Bd. 18 XIII, Kierulff Civilrecht S. 346 ff. Note, Pfeifer in dem Aufsatz: „Was ist und gilt im röm. Recht der Besitz?“ Sintenis Civilrecht Bd. 1 S. 447 ff. Note 23. 24.

aus der l. 1 §§ 9. 10 de vi, daß auch die beschenkte Ehefrau keine possessio civilis erlangt. Und doch haben beide die possessorischen Interdicte. Ließe sich nun die auf die Exhibitionspflicht des Pfandbesitzers sich beziehende Stelle so auffassen, daß der creditor, qui pignori rem accepit, demjenigen, qui naturaliter incumbat possessioni hat gegenübergestellt, und daß darin Beispiele von beiden Arten der Besitzer, welche bei der actio ad exhibendum in Betracht kommen können, haben angegeben werden sollen, so würde die erste Schwierigkeit beseitigt sein. Könnte man ferner in der über die Tradition an die beschenkte Ehefrau sprechenden Stelle die Worte „licet illa iure civili possidere non intellegatur“ mit, „wenn man auch annähme, daß sie nicht juristische Besitzerin würde“ wiedergeben, und wäre endlich die auf das interdictum de vi sich beziehende Stelle dahin aufzufassen, daß der erste Satz nicht von der Frage, wem das Interdict zustehe, handele, sondern nur ausdrücken wolle, wie die Dejection auch eines bloßen Detentors das Interdict für den, in dessen Namen jener detinire, begründe, und daß erst im zweiten Theile der Stelle davon die Rede sei, wer, daß nämlich eine beschenkte Ehefrau, nicht aber ein Pächter das Interdict anstellen könne, oder ließe sich jener zweite Theil mit Thibaut dahin auffassen, daß dem Ehemann bei Dejection seiner Frau, aber nicht bei Dejection des Pächters der Frau, das Interdict gegeben wäre, so hätte man sich auch mit der zweiten Schwierigkeit abgefunden. Aber diese Mittel, die Schwierigkeiten zu überwinden, erinnern doch allzusehr an den Göthe'schen Spruch:

Im Auslegen seyd frisch und munter!
Legt ihr's nicht aus, so legt was unter —

als daß man sich mit ihm befreunden kann.

Die dritte Ansicht hat Burchardi[1]) entwickelt. Die possessio civilis hat nach ihm folgende Voraussetzungen: 1) animus domini, d. h. den Willen, die Sache wie eine eigene zu haben, 2) eine Sache,

---

[1]) A. für civ. Pr. Bd. 20. II. Einige Verwandtschaft mit der Ansicht Burchardi's hat die Wiederhold's (das i. uti poss. und die novi op. nunc.) Darnach ist p. civilis der Besitz mit dem animus domini und mit einer iusta causa, wenn gleich ohne bona fides, p. naturalis der Besitz ohne animus domini und ohne iusta causa. P. naturalis haben also der Pfandgläubiger, die beschenkte Ehefrau, der Dejector.

die in commercio, 3) eine Sache, die nicht Theil einer anderen Sache ist, 4) der Besitzer muß sui iuris sein. Mit dem letzten Erfordernisse scheidet er den Besitz der beschenkten Ehefrau aus dem Bereiche der possessio civilis aus, indem er das Verbot der Schenkung unter Eheleuten aus der alten in manum conventio ableitet. An diesem Argumente scheitert die Erklärung. Der Satz, daß die beschenkte Ehefrau nicht possessio civilis an den ihr vom Manne geschenkten Sachen erwerbe, kann unmöglich darin seine dogmatische Erklärung finden, daß die römische Ehefrau, wie der Sclave und der filius familias, nicht sui iuris sei. Die römischen Juristen erklären ihn auch so nicht. Es ist die civilrechtliche Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts, auf welche sie den Satz gründen. Da nun aber Burchardi den Dieb und den Invasor von der possessio civilis nicht ausschließt, so müßte er erklären, wie man zwar durch ein Delict, aber nicht durch ein civilrechtlich ungültiges Rechtsgeschäft possessio civilis erwerben kann. Dann aber fragt sich, was die von Burchardi angenommene possessio civilis im Rechte zu bedeuten hat. Burchardi hat diese Frage zu beantworten gesucht. Er nimmt an, zuerst habe sich durch die Theorie der Juristen, d. h. das ius civile, ein bestimmter Begriff der possessio civilis zu bestimmten praktischen Zwecken ausgebildet. Nachdem später die possessorischen Interdicte eingeführt worden, habe es dreierlei Verhältnisse in Bezug auf den Besitz gegeben, possessio civilis mit den alten Wirkungen des Civilrechts, possessio ad interdicta, und Besitz ohne alle rechtliche Wirkung. Die beiden letzten Fälle seien gemeinschaftlich als possessio naturalis im Gegensatze zur civilis bezeichnet worden. Die possessio civilis aber hat nach ihm die folgende praktische Bedeutung: der possessor civilis hat die Sache beim Census anzugeben; er hat dafür die Steuern zu zahlen; er kann mit der rei vindicatio beklagt werden, und hat seinerseits die contravindicatio; er kann, wenn bona fides und iustus titulus hinzukommen, usucapiren. Diese Conjecturen haben dem scheinbar dürftigen Inhalt der obigen Stellen eine reiche Ausbeute entlockt. Aber sie vertragen keine Kritik. Die Verpflichtung, die Sache beim Census anzugeben, kann sich nicht auf Mobilien beziehen, die Grundsteuerpflicht nicht auf Grundstücke in Italien und in den mit italischem Rechte ausgestatteten Colonien, welche Grundstücke zur Zeit der classischen Juristen noch grundsteuerfrei

waren,[1]) und die angeblich in der Möglichkeit, mit der rei vindicatio beklagt zu werden und die contravindicatio anzustellen, bestehende Bedeutung der possessio civilis ist im classischen Rechte nicht mehr vorhanden.

Vangerow[2]) hat sich die Burchardische Erklärung ohne die von diesem Schriftsteller der p. civilis beigelegte praktische Bedeutung zum Theil zu eigen gemacht. Er sieht als possessor civilis den Besitzer an, welcher die Detention mit dem animus domini hat, als possessor naturalis den, der zwar detinirt, aber den animus domini entweder wirklich nicht hat, oder darum nicht haben darf, weil die besessene Sache extra commercium oder der Besitzer selbst des Eigenthums unfähig ist oder der Besitz aus einem civilrechtlich nichtigen Geschäfte abgeleitet wird. In diesen letzteren Fällen könne, meint Vangerow, der animus domini zwar factisch vorhanden sein; aber in den Augen des Gesetzes sei er nicht vorhanden, und nur eine p. naturalis, als eine res facti, quae iure civili infirmari non potest, könne angenommen werden. Daraus, daß Schenkungen unter Eheleuten ganz wirkungslos seien, gehe hervor, daß der Beschenkte nach Civilrecht auch nicht als Besitzer angesehen werden dürfe. Weil aber bei dieser und ähnlichen Arten der naturalis possessio die Eigenthümlichkeit eintrete, daß der Detentor nicht in frembem Namen besitze, und auch kein Dritter den Eigenthumsbesitz habe, so sei es natürlich, daß hier dem Detentor die Interdicte gegeben seien, da außer ihm Niemand klagberechtigt sein würde. In ähnlicher Weise verallgemeinert Bruns den Satz, daß die beschenkte Ehefrau keine possessio civilis erwerbe, dahin, daß bei allen civilrechtlich ungültigen causae possesssionis kein Civilbesitz stattfinde[3]). Die gleiche Ansicht hat Brinz, indem er ausführt, den Besitz aus unerlaubter Schenkung, also wohl allen aus unerlaubter causa, würde das Civilrecht verbannen, wenn es könnte (— infirmari non potest —) aber den seinigen nenne es ihn nicht[4]). Noch mehr verbreitert Windscheid jenen Satz. Die Ausdrücke civilis und naturalis possessio in ihrer Anwendung auf den Besitz des beschenkten Ehegatten wer-

[1]) Savigny, über die römische Steuerverfassung unter den Kaisern, in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. 6. V. S. 349. 354 ff.

[2]) Pandekten Bd. 1 § 199 Anm.

[3]) Besitz S. 25.

[4]) Pandekten Bd. 1 S. 78.

den nach ihm zur Bezeichnung des vom Rechte gebilligten und nicht gebilligten Besitzes gebraucht [1]).

Völlige Klarheit läßt sich nicht herstellen. Aus der l. 26 pr. don. i. v. et u. und der l. 1 § 10 de vi ist zu ersehen, daß die possessio civilis sich nicht mit der civilrechtlichen Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts, auf Grund dessen der Besitz erworben worden ist, verträgt. Daß dieser Satz der Ausdruck einer Rechtsidee von allgemeinerer Bedeutung ist, scheint angenommen werden zu müssen. Aber welche Rechtsidee ihm zum Grunde liegt, ist nicht aufzuklären. Ebensowenig Gewißheit ist über die aus der l. 3 § 15 ad exhib. zu entnehmende Rechtsidee vorhanden. Wir ersehen aus dieser Stelle, daß für die p. civilis der Wille, den der Pfandgläubiger in die Sache legen kann, nicht ausreicht. Wir erfahren jedoch nicht, von welcher Beschaffenheit der Wille des possessor civilis sein muß, ob insbesondere alle Fälle des Besitzes ohne den Willen, die Sache wie eine eigene zu haben, dem Bereiche der p. civilis fremd bleiben müssen.

In der possessio civilis, wie sie uns in den obigen Stellen entgegentritt, ist der Ausdruck eines Rechtsbegriffs von absoluter Bedeutung und Geltung nicht zu erkennen. Sie hat sich entweder zu einem solchen überhaupt nicht entwickelt, oder sie hat ihre Bedeutung schon zur Zeit der classischen Juristen eingebüßt, so daß uns nur Fragmente aufbewahrt worden sind, die wir aber, weil wir nicht wissen, daß sie einmal eine bestimmte Rechtsgestalt gebildet haben, nicht einmal zu einem Torso zusammenstellen können.

Noch in höherem Grade leidet die possessio naturalis an dem Mangel der Bestimmbarkeit. Der Ausdruck bedeutet einmal die Detention im Gegensatze zum juristischen Besitze, während er an anderen Stellen auch den juristischen Besitz, dem man die Bezeichnung possessio civilis nicht geben will, umfaßt.

Vielleicht ist der Gegensatz von p. civilis und p. naturalis nichts weiter als der Ausdruck des Hin- und Herschwankens von Recht und Thatsache im Besitze, so daß jedes Machtverhältniß, welches vom Rechte als Besitz anerkannt wird, denjenigen Machtverhältnissen gegenüber, welche nicht als Besitz im juristischen Sinne gelten, possessio civilis genannt, und daß bei vergleichender Gegenüberstellung mehrer

---

[1]) Pandekten Bd. 1 § 148 Note 12.

Fälle des juristischen Besitzes einmal derjenige Besitz, welcher der Uebereinstimmung mit dem Rechte näher ist, als ein anderer, ein anderes mal der mit dem Willen, die Sache wie eine eigene zu haben, verbundene Besitz als possessio civilis, der andere als possessio naturalis bezeichnet worden ist.

§ 17. Unmöglichkeit einer possessio plurium in solidum.

Keller hat die Lehre von der possessio plurium in solidum eine berüchtigte genannt,[1]) wohl aus dem Grunde, weil auch hier die Rechtsquellen zu dem Zweifel Veranlassung geben, ob die römische Rechtsentwickelung einen bestimmten Abschluß und welchen gefunden hat.

Hält man im Besitze die nothwendige Voraussetzung der actuellen Macht über die Sache fest, so kann ein Streit über die Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer possessio plurium in solidum füglich nicht entstehen. Die Annahme der Möglichkeit eines ungetheilten Besitzes Mehrer an derselben Sache wäre eine Begriffswidrigkeit. Die actuelle Macht des Einen verträgt sich mit der gleichen Macht des Anderen ebensowenig, wie das Eigenthum als die rechtliche Möglichkeit unbeschränkter Herrschaft über die Sache das Eigenthum eines Anderen neben sich duldet. Die Unmöglichkeit einer possessio plurium in solidum ist daher ein ebenso unbestreitbares Axiom, wie die Unmöglichkeit eines ungetheilten Eigenthums Mehrer an derselben Sache.

Solche Axiome aber haben die Römer nicht lediglich zu dem Zwecke aufgestellt, um den Begriff des Dinges, das durch das Axiom betroffen wird, zu entwickeln. Sie waren zu praktische Leute, um dergleichen Sätze zu einem anderen, als zu einem praktischen Zwecke aufzustellen. Es fragt sich, worin liegt der praktische Zweck unseres Axioms?

Es ist unbestritten, daß während des Besitzes des Pfandgläubigers die Usucapion des Pfandschuldners fortdauert. Javolenus schreibt in der l. 16 de usurp. dem Pfandschuldner ausdrücklich possessio ad usucapionem, dem Pfandgläubiger possessio ad reliquas omnes causas zu, und Julianus sagt in der l. 1 § 15 und in der l. 36 de poss. vom Pfandschuldner, videri eum possidere, intellegitur

[1]) Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. 11. S. 325.

possidere. Kein römischer Jurist ist, soviel bekannt, auf die Idee verfallen, daß in dieser Zulassung eines Besitzes des Pfandschuldners neben dem des Pfandgläubigers eine Verletzung jenes Axioms zu finden sei. Man konnte nicht umhin, die Usucapion des Pfandschuldners fortdauern zu lassen, und stand nicht an, ihm unbeschadet des Besitzes des Pfandgläubigers insoweit ebenfalls Besitz zuzusprechen, als nothwendig war, um die Rechtsconsequenz, nach welcher die Usucapion ohne Besitz nicht fortdauert, zu wahren. Anstatt zu sagen, der Pfandschuldner besitzt oder gilt als Besitzer, soweit Besitz zur Usucapion erforderlich ist, hätte man auch sagen können, der Pfandschuldner usucapirt, obgleich er nicht besitzt. Man wäre dann der Consequenz des Satzes nachgegangen, daß der Besitz des Einen, weil dazu die actuelle Macht über die Sache gehöre, mit dem gleichzeitigen Besitze des Anderen sich nicht vertrüge. Statt dessen fand man sich mit der Nothwendigkeit, die Usucapion des Verpfänders fortdauern zu lassen, in der Art ab, daß man die rechtlichen Folgen, die ein bestimmter Besitz haben kann, sonderte, die eine, nämlich die Usucapion, beim Verpfänder ließ, und die übrigen — reliquas omnes causas — dem Pfandgläubiger gewährte, beiden Personen aber Besitz zuschrieb. Diese Theilung des Besitzes nach seinen möglichen rechtlichen Folgen mußte von dem Satze der Unmöglichkeit einer possessio plurium in solidum unbehelligt bleiben.

Lenz und Dernburg meinen, man habe den Pfandgläubiger usucapiren lassen, nicht weil er als Besitzer gelten solle, sondern obgleich er nicht besitze. Lenz[1]) bezeichnet die von Javolenus und Julianus gebrauchten Ausdrücke als unangemessen und meint, daß beide Juristen sie gleich darauf berichtigt haben. Letzteres kann ich nicht finden. Denn wenn Javolenus sagt: quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet — so wird grade die possessio ad usucapionem des Pfandschuldners bestätigt, und wenn Julianus, nachdem er vom Pfandschuldner gesagt: intellegitur possidere, den Satz beifügt: sed et si (fundum) precario rogaverit, aeque per diutinam possessionem capiet: nam cum possessio creditoris non impediat capionem, longe minus precarii rogatio impedimento esse non debet, cum plus iuris in possessione habeat, qui precario rogaverit, quam qui omnino non possidet — so will er das

[1]) Besitz S. 107.

intellegitur possidere nicht berichtigen, sondern in drastischer Weise hervorheben, daß in dem fraglichen Falle das Precarium kein Hinderniß der Usucapion sei, was es in anderen Fällen ist. Zu diesem Zweck argumentirt er, daß ja der Pfandschuldner, auch wenn er nicht einmal precaria possessio, sondern gar keine reale Macht über die Sache habe, usucapiren könne. An das vorangegangene intellegitur possidere hat der Jurist, als er das omnino non possidet schrieb, schwerlich mehr gedacht. Gewiß hat er sich nicht berichtigten wollen. — Dernburg[1]) hält es, indem er den Verpfänder ersitzen läßt, trotzdem, daß er Nichtbesitzer sei, für unwahrscheinlich und unglaublich, daß der Faustpfandgläubiger und der Verpfänder je von römischen Juristen als possessores in solidum angesehen worden seien. Letzteres glaube ich auch nicht. Der Satz von der Unmöglichkeit einer p. pl. i. s. ist für den Besitz des Pfandschuldners wohl niemals in Frage gekommen. Dagegen ist auch der Satz, der Verpfänder ersitze, obgleich er Nichtbesitzer sei, von keinem römischen Juristen — abgesehen von jener Argumentation des Julianus — aufgestellt worden. Man half sich eben mit der Trennung der einen causa, der Usucapion, von den reliquae causae, und mit dem intellegitur, das ja oft herhalten mußte, um Schwierigkeiten, wie die vorliegende, zu überwinden.

Dieselbe Theilung des Besitzes, wie zwischen Pfandschuldner und Pfandgläubiger, tritt auch zwischen dem precario dans und dem precario accipiens ein. Der Erstere setzt die Usucapion fort und der Andere ist in allen übrigen Stücken Besitzer[2]).

Das Axiom von der Unmöglichkeit einer p. pl. i. s. hat auf anderem Boden seine Wirksamkeit geäußert. Es ist unzweifelhaften Rechtens, daß derjenige, welcher von einem Anderen vi, clam, precario den Besitz einer Sache erlangt hat, gegen jeden Anderen, als den, von dem er solchergestalt vitiose besitzt, mit dem i. uti possidetis in seinem Besitz geschützt wird. Ebenso unstreitig ist, daß der possessor vitiosus den Schutz des i. uti possidetis dem gegenüber nicht genießt, von dem er vi, clam oder precario den Besitz erlangt hat. Gestritten aber wird darüber, ob bei dem i. uti possidetis

[1]) Pfandrecht Bd. II. § 86.

[2]) Die accessio possessionis, von der in der l. 13 § 7 de poss. die Rede ist, bezieht sich auf das i. utrubi, nicht auf die usucapion.

derjenige, von dem der Andere vitiose besitzt, wie ein gegenwärtiger Besitzer in der Art obsiegt, daß der Andere seinen Besitz zu räumen hat. Es fragt sich also, ob das i. uti possidetis gleichzeitig dem possessor iniustus gegen Andere, als den vormaligen Besitzer und dem letzteren gegen den possessor iniustus den Sieg zu verschaffen geeignet ist. Diese Frage hat man dahin formulirt, ob das zum Obsiegen mit dem i. uti possidetis gehörige Erforderniß des gegenwärtigen Besitzes gleichzeitig auf Seite dessen, dem gegenüber ein Anderer vi, clam oder precario besitzt, und des possessor vitiosus selbst, nämlich auf Seite des Ersteren im Streit mit dem Letzteren und auf Seite des letzteren im Streit mit jedem Anderen, vorhanden ist. Von der einen Seite hat man die Frage in der Form bejaht, daß man neben der vi, clam, precario erlangten possessio die possessio dessen, dem gegenüber der Besitz vitiose erworben ist, als possessio iusta mit der Wirkung hat fortdauern lassen, daß beim i. uti possidetis der iustus possessor dem iniustus possessor gegenüber als Besitzer anerkannt und geschützt worden ist. Von der anderen hat man die Frage mit dem Axiom der Unmöglichkeit einer possessio plurium in solidum in Verbindung gebracht, in Folge dessen die Frage verneint und dem i. uti possidetis die recuperatorische Wirkung abgesprochen [1]).

Welche der unter den römischen Juristen streitigen Meinungen als die von Justinian recipirte zu gelten hat, ist in den Rechts-

---

[1]) Aeltere und neuere Schriftsteller haben die Lehre von der Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer p. pl. i. s. weit über die Grenzen, welche ihr nach der ihr in den römischen Rechtsbüchern eingeräumten Bedeutung zu stecken sind, ausgedehnt. So nimmt Kierulff, Civilrecht S. 368, neben dem Solidarbesitz des Pfandgläubigers und des Pfandschuldners, so wie dem des Precaristen und des dominus auch einen Solidarbesitz des Superficiars und des Herrn der area an. Am weitesten geht in Ausbeutung der Lehre unter den Neueren Baron, Gesammtrechtsverhältnisse S. 85 ff. Den von Kierulff angenommenen Fällen fügt er noch den gleichzeitigen Besitz des heimlichen Occupanten und des abwesenden Grundbesitzers, den des Dejicienten und des Dejicirten, den des Vaters und der Tochter an der zurückgezahlten dos communis, und den des Honorirten und des Onerirten bei dem Legat des Usufructus hinzu, nimmt aber nur in den letzten beiden Fällen wahren Solidarbesitz an. Rudorff, Nro. 49 zu Savigny's Besitz, sagt mit Bezug auf die letzteren beiden Fälle, daß neue Irrthümer an die Stelle der alten treten. Der Gedanke Baron's erinnert übrigens an einen recht alten Irrthum, nämlich an den früher angenommenen Solidarbesitz des Mannes und der Frau an der dos (Zasius comment. zu l. 3 § 5 de poss. Nro. 25).

büchern nicht so unzweideutig ausgesprochen, daß gegenwärtig jeder Streit abgeschnitten ist. Die Frage ist noch jetzt eine der bestrittensten. Nach Savigny kann zwar der Nichtbesitzer als Kläger gegen den, der vitiose von ihm den Besitz erlangt hat, nicht obsiegen. Das Interdict ist aber für den nicht besitzenden Beklagten, der wegen Störung des ihm gegenüber vitiose besitzenden Klägers belangt wird, recuperatorisch.[1]) Sintenis ist gleicher Ansicht.[2]) Vangerow, Puchta, Keller, Rudorff, Mühlenbruch, Bruns, Arndts und Witte lassen den vormaligen Besitzer dem gegenüber, der von ihm den Besitz vitiose erlangt hat, mit dem i. uti possidetis immer obsiegen, gleichviel, welcher von beiden Kläger und welcher Beklagter ist[3]). Witte hat die für oder gegen diese Meinung sprechenden Argumente besonders ausführlich behandelt. Nach ihm haben sich für die zu Gunsten beider Parteien recuperatorische Wirkung des Interdicts Bethmann-Hollweg, Jhering und Eck erklärt.[4]) Das O. A. Ger. Oldenburg hatte sich schon in einem Urtheile vom 24. Juni 1851 dahin ausgesprochen, daß die Gerichte der Anerkennung der Richtigkeit dieser Ansicht sich nicht länger entziehen können.[5]) Die Meinung, daß das Interdict für den vormaligen Besitzer niemals recuperatorisch wirken kann, ist von Karl Adolf Schmidt mit Erfolg vertheidigt worden. Ihm haben sich Dernburg, Brinz, Pagenstecher, Windscheid und Fitting[6]) angeschlossen.

---

[1]) Besitz S. 404 ff.

[2]) Civilrecht Bd. 1. § 46 Note 19.

[3]) Vangerow Pandekten Bd. 1. 1. Aufl. (1839) S. 606, 7. Aufl. S. 676 ff.; Puchta Institut. Bd. 2. 1. Aufl. (1842) S. 509, 2. Aufl. S. 534 ff.; Keller Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. 11. IX. S. 321 ff.; Rudorff Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. 11. X. S. 335 und Anh. zu Savigny's Besitz Nro. 137; Mühlenbruch rechtl. Erachten, betr. den Besitzstand der Bentinck'schen Fideicommißherrschaft S. 87 f.; Bruns Besitz S. 57 ff. und Besitzklagen S. 172 f. 175 ff.; Arndts Pandekten § 172 Note 2; Witte das interd. uti poss. S. 60 ff. — Rudorff und Bruns, von denen Aeußerungen in zwei Schriften citirt sind, haben in der Zwischenzeit geschwankt: Rudorff zu Puchta's Institut. Bd. 2. § 225, Bruns Jahrb. des gem. deutschen Rechts Bd. 4. I. S. 44. 45.

[4]) Bethmann-Hollweg röm. Civilproceß Bd. 2 S. 375 ff.; Jhering Jahrb. für Dogm. Bd. 9. S. 77 ff. und Grund des Besitzschutzes S. 92 ff.; Eck doppelseitige Klagen S. 53.

[5]) S. A. Bd. 7. Nr. 41.

[6]) Schmidt Interdictenverfahren S. 112 ff. und Heidelb. Jahrb. Bd. 56 S. 692 f.; Dernburg Pözl. Vierteljahrsschr. Bd. 5. S. 520; Brinz Pandekten Bd. 1 S. 82;

Eine der Hauptstellen, welche über die Controverse der römischen Juristen Auskunft geben, ist l. 3 § 5 de poss. Paulus: — plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit eum qui precario dederit et ipsum possidere et eum — qui precario acceperit. idem Trebatius probat existimans posse alium iuste, alium in iuste possidere, duos iuste vel duos iniuste non posse. quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat: quod est verius. non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris. Daneben kommt besonders in Betracht l. 3 pr. uti poss. Ulpianus: Si duo possideant in solidum videamus, quid sit dicendum. quod qualiter procedat tractemus, si quis proponeret possessionem iustam et iniustam. ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam: si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vincetur: nam et tu possides et ego.

Die in der ersteren Stelle erwähnte Frage, ob neben der possessio des Precaristen die des precario dans fortdauere, ist, wie sich aus den Worten „idem Trebatius probat“ ergibt, nicht verschieden von der Frage, ob neben der possessio iniusta die possessio iusta fortbestehe. Die possessio des Precaristen steht in dem Puncte, um den es sich hier handelt, zum precario dans in demselben Verhältniß, wie die possessio vitiosa zu dem, von welchem sie vitio erworben ist. Sie ist eine possessio vitiosa, sobald sie dem precario dans gegenüber in Frage kommt, d. h. sobald sich der Wille des precario dans in Widerspruch zur possessio precaria setzt. Die in der Stelle erörterte und entschiedene Controverse, ob neben der possessio des Precaristen die des precario dans und neben der possessio iniusta die possessio iusta fortdauere, kann sich nur auf das i. uti possidetis beziehen. Man hatte von dem Standpunct, von welchem aus die possessio iniusta gegen den, von dem sie erworben ist, keinen Schutz hat, nur einen Schritt zu thun, um dahin zu kommen, die possessio iniusta dem älteren Besitz gegenüber als Besitz nicht an-

---

Pagenstecher Eigenthum Abth. III. § 16; Windscheid Pandekten Bd. 1 § 159 Note 10; Fitting A. f. civ. Pr. Bd. 55. XIV.

zuerkennen, also den älteren Besitz als possessio iusta fortdauern zu lassen und in Consequenz dieser Fortdauer bei angestelltem i. uti possidetis zwischen dem possessor iustus und dem possessor iniustus dem ersteren den Besitz zuzusprechen, der possessio iniusta also für diesen Proceß die Bedeutung einer Besitzstörung beizulegen. Mit der Rechtsconsequenz würde man sich dabei ebenso gut oder übel haben abfinden können, wie Javolenus dies betreffs der Fortdauer des Usucapionsbesitzes des Pfandschuldners und des precario dans durch Abscheidung der einen causa des Besitzes von den übrigen gethan hat, oder wie nachmals Bartolus, der die Möglichkeit, daß eine und dieselbe Sache gleichzeitig in der possessio iusta des Einen und in der possessio iniusta des Anderen ist, durch die Scheidung des Besitzes nach seinen Qualitäten mit dem Axiom der Unmöglichkeit einer p. pl. i. s. in Einklang bringt[1]), oder wie neuerdings Rudorff, nach welchem die recuperatorische Wirkung des Interdicts nicht sowohl die (falsche) Annahme eines solidarischen, als die völlig unbedenkliche eines relativen Besitzes verlangt[2]), oder auch wie Keller, der sich darauf beschränkt, zu bemerken, der Prätor habe, indem er den früheren fehlerfreien Besitz gegenüber dem jetzigen vitiosen als gegenwärtigen Besitz angenommen und geschützt, seine eigene und eine etwas künstliche Art gehabt, den Besitz zu erkennen.[3]) Es wird also wohl nur die Bedürfnißfrage gewesen sein, deren Verneinung Labeo und Paulus zum Bestreiten der recuperatorischen Wirkung des i. uti possidetis mit Rücksicht darauf geführt hat, daß für die Wiederlangung des Besitzes besondere Interdicte gegeben waren.

Hierbei muß ich einer Bemerkung Schmidt's entgegentreten. Derselbe sagt, daß der Mangel eines praktischen Bedürfnisses der Grund für die Verwerfung der Lehre von der p. pl. i. s. gewesen sei, und fügt bei: „Hätte sie ein Bedürfniß befriedigt, man würde sie haben gelten lassen trotz der theoretischen Bedenken.“[4]) Ich

---

[1]) Comment. ad l. 3 § 5 de poss.

[2]) Anhang zu Savigny's Besitz Nro. 137.

[3]) Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. 11. IX. S. 325 Note 56.

[4]) Interdictenverfahren S. 115. Derselbe Schriftsteller hat nachmals (Heidelb. Jahrb. Bd. 56. S. 693) die Vermuthung ausgesprochen, es habe für Immobilien ursprünglich nur ein Interdict gegeben, und um dasselbe recuperatorisch wirken zu lassen, sei angenommen worden, daß auch der Dejicirte dem Gegner

nehme an, daß die Gegner der Fortdauer der possessio iusta und der p. des precario dans neben der p. iniusta und der p. precaria grade das Axiom der Unmöglichkeit einer p. pl. i. s. aufgestellt, nicht, daß Sabinus und Trabatius die Möglichkeit einer p. pl. i. s. vertheidigt haben. Wie Javolenus den Verpfänder ad usucapionem, den Pfandgläubiger ad reliquas omnes causas besitzen ließ, eben so ließen Sabinus und Trabatius den Abwesenden und den Dejicirten iuste, den heimlichen Occupanten und den Dejicienten iniuste und beim Precarium den Einen als Precaristen, den Anderen als dominus besitzen, ohne hierin einen Solidarbesitz Mehrerer zu finden. Die Meinung des Javolenus ließ man unbehelligt. Gegen die des Sabinus und des Neratius aber wurde in der l. 3 § 5 de poss. das Argument vorgeführt, daß man damit zu der unmöglichen Annahme einer p. pl. i. s. komme. Labeo argumentirte dabei mit dem Satze, daß es bei der Frage, ob Jemand besitze, nicht darauf ankomme, ob seine possessio eine iusta oder eine iniusta sei, und Paulus mit der Ausführung, daß Besitzer nicht sein könne, wer nicht die actuelle Macht über die Sache habe, und daß es neben dem Besitzer mit dieser actuellen Macht keinen anderen Besitzer geben könne.

Daß der Satz von der Unmöglichkeit einer possessio plurium in solidum auf den Streit über die recuperatorische Wirkung des i. uti possidetis sich bezogen habe, ergibt sich völlig unzweideutig aus der zweiten der oben aufgenommenen Stellen. Ulpian stellt sich hier auf den Standpunkt derer, die eine gleichzeitige possessio des possessor iustus und des possessor iniustus annehmen, und zieht die Consequenzen aus dieser Theorie, die dahin gehen, daß man zwar in dem Falle, wenn ein possessor iustus mit dem streite, der ihm gegenüber vitiose besitze, zu einer befriedigenden Entscheidung kommen könne, indem man den possessor iustus obsiegen lasse, daß sich aber in dem Falle, wenn ein possessor iustus, von dem ein Anderer den Besitz vitiose erworben, mit dem streite, der von jenem possessor vitiosus den Besitz vitiose erworben habe, der Streit darüber, wer Besitzer sei, nicht entscheiden lasse. Ulpian will die Theorie von der Fortdauer des Besitzes gegenüber der

---

gegenüber fortbesitze. So sei die Lehre von der p. pl. i. s. entstanden. Als aber der Prätor später das i. unde vi aufgestellt habe, sei mit dem Bedürfniß der recuperatorischen Wirkung des i. uti poss. auch die Lehre von der p. pl. i. s. beseitigt worden.

possessio vitiosa ad absurdum führen, indem er als ihre Consequenz den Satz aufstellt, daß, wenn man einmal die p. iusta trotz der verlorenen actuellen Macht über die Sache fortdauern lasse, sie auch dann fortdauern müsse, wenn ein zweiter possessor vitiosus den Besitz habe.[1])

Witte meint, die l. 3 § 5 de poss. enthalte nicht die Entscheidung einer Controverse über die recuperatorische Wirkung des i. uti possidetis überhaupt, sondern es habe sich für Labeo und Paulus um die Bekämpfung falscher Consequenzen aus einer angeblichen unbedingten Fortdauer einer iusta possessio, so lange nicht ein Anderer fehlerfreien Besitz erworben, gehandelt. Die l. 3 pr. uti poss. aber faßt er dahin auf, daß Ulpian habe nachweisen wollen, wie nach einer vitiosen Entsetzung der Dejicirte nicht mehr schlechthin als iustus possessor die volle Wirkung des Besitzes für sich in Anspruch nehmen könne, auch wenn sich die Sache noch in den Händen eines possessor iniustus befinde. Er thue dies, indem er sich auf den Standpunkt der zu widerlegenden Meinung stelle und zeige, wie das Interdict gegen einen Anderen, als den eigentlichen Dejicienten zu keinem Resultate führen würde. Dagegen sei es ihm nicht zweifelhaft, daß der Dejicirte im Streite mit dem Dejicienten siegen müsse.[2]) Als die von Paulus in der l. 3 § 5 de poss. bekämpfte falsche Consequenz oder wenigstens als eine der falschen Consequenzen scheint also nach Witte die Meinung aufgefaßt werden zu sollen, daß der p. iustus auch gegen den p. iniustus, der nicht von ihm selbst vitiose den Besitz erworben habe, obsiegen müsse. Ich halte es zum mindesten nicht für angezeigt, die Stelle durch Supposition einer solchen Controverse, von der sonst nichts bekannt ist, zu erklären, und möchte mich nicht entschließen, auf Seite des Sabinus und des Neratius eine Sünde gegen den Geist des römischen Besitzschutzes, wie sie in der Zulassung des Interdicts gegen einen dritten Besitzer liegen würde, anzunehmen. Welcher Weg dazu gehört, um dem Interdict diese Bedeutung beizulegen, sehen wir aus den Schriften der Juristen des Mittelalters. Auch von anderen Consequenzen, welche Paulus zu bekämpfen

[1]) Savigny liest statt vincetur, welches in der Florentina steht, vinceretur auf Grund dreier geringerer Handschriften. Er bemerkt aber, daß seine Interpretation, der ich folge, auch ohne die Lesart vinceretur bestehen könne.

[2]) a. a. O. S. 75. 70. f.

Veranlassung gehabt hätte, ist nichts bekannt. Die Ersitzung kann nicht gemeint sein, weil sie der precario dans immer, der deiectus niemals fortsetzt. Irrwege sind ja denkbar; aber sie müßten nahe liegen, wenn ihre Unterstellung als Hilfsmittel der Interpretation dienen soll.

Die anderen Stellen, welche Witte für seine Meinung anführt[1]), beweisen nichts. Wenn von der possessio vitiosa gesagt wird: non debet proficere, nihil prodest, adversus extraneos prodesse solet, so läßt sich dies — und zwar nicht blos zur Noth, wie Witte sagt — so verstehen, daß die p. vitiosa nicht gegen Besitzstörungen, welche vom früheren Besitzer, sondern nur gegen solche, die von Anderen ausgehen, geschützt werde; — und die Lösung des Problems des in der l. 7 § 5 comm. div. erwähnten i. de clandestina possessione durch seine Identificirung mit dem i. uti possidetis in seiner recuperatorischen Wirkung gegen den heimlichen Occupanten möchte ich ebenso wie die Lösung des Problems des unus casus im § 2 de act. durch Beziehung der Stelle auf die possessio iusta des Nichtbesitzers um den Preis der Annahme der recuperatorischen Wirkung des Interdicts ablehnen.

Ein Hauptargument Witte's liegt in dem Institute der fructus licitatio. Stritte nämlich der possessor iustus mit dem possessor iniustus um den Besitz, so würde — meint Witte — nach der von ihm bekämpften Ansicht jede Partei mit der Klage aus ihrer Sponsion abgewiesen und der Gegner aus der Restigulation verurtheilt worden sein, und das Resultat wäre gewesen, daß der Sieger bei der fructus licitatio, da das iudicium cascellianum von dem Siege im Sponsionsproceß abhing, die Sache behalten hätte[2]). Man kann sich mit diesem Argument allerdings nur in der Art abfinden, daß man das Resultat, nach dem es bei einem Streite zwischen dem früheren possessor iustus und dem possessor iniustus im Gefolge des Interdicts kein Rechtsmittel gibt, durch welches der Sieger bei der fructus licitatio zur Räumung des Besitzes veranlaßt werden kann, acceptirt. Ich halte das Resultat auch für annehmbar. Hat der ältere Besitzer bei der fructus licitatio obgesiegt, so ist die Sache, was den Besitz betrifft, in Ordnung. Daß der ältere Besitzer mit

---

[1]) l. 1 § 9 uti poss. Gai. IV. 151. l. 53 de poss.

[2]) S. 68 f. a. a. O.

seiner Sponsionsklage unterliegt, hat er sich selbst zuzuschreiben, weil er Besitz behauptet hat, ohne Besitzer zu sein. Hat der possessor vitiosus das höhere Gebot gethan, so ist gegen ihn allerdings nicht anders zum Ziele zu kommen, als mit seiner Vertreibung, welche wenigstens zur Zeit der classischen Juristen ohne Waffengewalt straflos stattfinden durfte, oder mit dem i. unde vi. Das Argument Witte's, es sei undenkbar, daß Gaius diese mögliche Folge des höheren Gebots in der licitatio mit Stillschweigen übergangen haben würde, halte ich nicht für richtig. Gaius will nicht alle Fälle entscheiden, welche vorkommen können. Er hat nur den regelmäßigen Fall im Auge gehabt. Auch der Fall ist denkbar, daß bei gegenseitigem Besitzanspruch das Interdict als duplex gegeben, die fructus licitatio vorgenommen wird, Stipulationen und Restipulationen abgeschlossen werden, im Sponsionsproceß aber sich herausstellt, daß keine der Parteien, sondern ein Dritter besitzt. Beide Theile müssen alsdann mit ihren Sponsionsklagen abgewiesen und aus den Restipulationen verurtheilt werden. Der Sieger bei der fructus licitatio aber bleibt in dem Verhältniß zur Sache, in das er durch sein Gebot gekommen ist, und der Dritte mag die Angelegenheit mit ihm in Ordnung bringen. Diesen Fall hat Gaius ebensowenig im Auge gehabt, wie den von Witte bemerkten.

Noch einen Fall reihe ich an. Wie soll nach der Ansicht Witte's die Entscheidung ausfallen, wenn ein possessor iniustus von dem früheren Besitzer dejicirt worden ist und nun beide mit dem i. uti possidetis um den Besitz streiten? Dem dejicirten possessor iniustus gegenüber müßte die possessio des Dejicienten, dem Dejicienten gegenüber die possessio des Dejicirten als iniusta gelten. Die Folge würde sein, daß beide mit den Klagen aus ihren Sponsionen unterlägen und daß der Sieger bei der fructus licitatio den Besitz behielte. Oder soll die possessio dem dejicirten possessor iniustus aus dem Grunde zugesprochen werden, weil er mit dem i. unde vi, das die exceptio vitiosae possessionis nicht zuläßt, obsiegen würde? Nach älterem Rechte wäre freilich solchenfalls der Dejicient mit Ausnahme des Falles der vis armata Sieger gewesen.

Liegen keine zwingenden Gründe vor, die recuperatorische Wirkung des Interdicts anzuerkennen, so muß die Entscheidung gegen diese Wirkung ausfallen, da sie durch kein praktisches Bedürfniß vermittelt ist.

Witte selbst erkennt an, daß ein praktisches Bedürfniß dafür nicht vorgelegen habe. Er ist der Ansicht, daß derjenige, dem ein i. recuperandae possessionis zur Disposition gestanden, regelmäßig dies viel vortheilhaftere Rechtsmittel dem i. uti possidetis vorgezogen habe, und daß die recuperatorische Wirkung thatsächlich wohl nur hervorgetreten sein werde, wenn sich Jemand irrthümlich für den gegenwärtiger Besitzer gehalten habe, oder wenn der Dejicirte von dem vitiosen Besitzer als Beklagter in Anspruch genommen worden sei. Dabei bemerkt er, halte sich Jemand für den Besitzer, ohne es zu sein, und ergebe sich, daß zwar nicht er, daß aber sein Gegner vitiose von ihm besitze, so verstoße es gegen den praktischen Sinn der Römer, ihn auf ein anderes Rechtsmittel zu verweisen, statt ihn mit dem i. uti possidetis obsiegen zu lassen [1]. Aber damit, glaube ich, ist die Meinung Witte's gerichtet. Der irrthümlichen Wahl eines für andere Fälle bestimmten Rechtsmittels wird der intendirte Erfolg mit Grund versagt. Sollten die Römer nicht praktisch genug gewesen sein,, um in diesem Falle unpraktisch sein zu müssen? Mit jener Art praktischen Sinnes macht man Gesetze wie den §. 21 Tit. 5. Th. I. der allg. preuß. Gerichtsordnung, die nachmals abgeworfene Stütze einer unwissenschaftlichen Judicatur, aber kein römisches Recht Auch der Fall, wenn der Dejicirte als Beklagter belangt worden, rechtfertigt die recuperatorische Wirkung nicht. Dem Dejicienten half das Interdict nicht zum Schutze seines Besitzes gegen Störungen seitens des Dejicirten. Warum aber sollte der Dejicirte aus dem Grunde, weil ihn der Dejicient mit dem i. uti possidetis zuvorgekommen war, die Vortheile des i. unde vi verlieren?

Die von Labeo, Paulus und Ulpian verworfene Theorie hat unter den römischen Juristen offenbar weitere Verbreitung gehabt, als aus der l. 3 § 5 de poss. zu entnehmen ist. Nach l. 19 pr. de precario: Duo in solidum precario non magis habere possunt, quam duo in solidum vi possidere aut clam: nam neque iustae possessiones neque iniustae duae concurrere possunt — ist auch Julianus zu ihren Anhängern zu rechnen. Denn indem er für unmöglich erklärt, daß dieselbe Sache von Mehren iuste und von Mehren iniuste in solidum besessen werde, nöthigt er zu dem

[1] a. a. O. S. 66 f. 81 f.

Schlusse, daß er einen gleichzeitigen Besitz derselben Sache durch Mehre in der Art, daß der Eine iuste, der Andere iniuste besitze, für möglich hält. Julian will augenscheinlich die Möglichkeit der Fortdauer der possessio iusta gegenüber dem possessor vitiosus vor dem Argumente der Unmöglichkeit einer possessio plurium in solidum retten. Aber darum enthält die Stelle noch keine Antinomie mit der l. 3 § 5 de poss. Sie spricht das nicht aus, was mit einem argumentum a contrario als die Meinung des Julianus aus ihr zu entnehmen ist, während Paulus in der l. 3 §§ 5. de poss. der Fortdauer der possessio iusta neben der possessio iniusta die Möglichkeit mit dispositiven Worten abspricht. Auch Pomponius hat die in der l. 3 § 5 de poss. zurückgewiesene Ansicht gehabt. Derselbe sagt in der l. 15 § 4 de prec.: Eum, qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium: an is quoque possideat, qui rogatus sit, dubitatum est. placet autem penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset, penes eum qui rogasset, quia possideat corpore, penes dominum, quia non discesserit animo possessione. Der Ausspruch ist vom Juristen sicher in dem Sinne gethan worden, um einmal das i. uti possidetis als ein dem precario dans gegen den Precaristen, der die Rückgabe verweigert, vermöge gegenwärtigen Besitzes des ersteren, dann aber auch, um es als ein dem Precaristen gegen Andere gegebenes Rechtsmittel hinzustellen. Denn das dubitatum est läßt sich nicht in dem Sinne nehmen, daß man an der Fortdauer des Usucapionsbesitzes des precario dans gezweifelt hat. Der precario dans wird also mit dem ad nundinas profectus der l. 6 § 1 de poss. auf gleiche Stufe gestellt. Wie dieser seine possessio trotz der clandestina possessio dessen, der sich der Sache bemächtigt hat, retinirt, so wird vom precario dans gesagt, er bleibe Besitzer, weil er seinen Besitzwillen in der Sache lasse. Doch spricht auch diese Stelle die von Labeo und Paulus gemißbilligte Meinung nicht mit dispositiven Worten aus, und da sie die Möglichkeit offen läßt, daß die Compilatoren sie in dem Sinne in die Pandekten aufgenommen haben, um die Fortdauer des Usucapionsbesitzes des precario dans, von der wir freilich nicht wissen, daß sie je bezweifelt worden sei, zu belegen, so kann auch aus ihr eine Antinomie der Quellen, welche die Frage der Fortdauer der possessio des precario dans neben der possessio des Precaristen in Bezug auf

die Zulässigkeit des i. uti possidetis offen läßt, nicht hergeleitet werden[20]). Für das justinianische Recht hat vielmehr die Frage der recuperatorischen Wirkung des i. uti possidetis als durch Herbeiziehung des Axioms von der Unmöglichkeit einer possessio plurium in solidum entschieden zu gelten.

Nachdem man sich des Axioms von der Begriffswidrigkeit einer p. pl. i. s. einmal bewußt geworden war, fand dasselbe auch anderweite Verwendung. Man war in solcher Verwendung vielleicht zu freigebig. So wird in der l. 5 § 15 commod. mit der Unmöglichkeit eines dominium und einer possessio pl. i. s. zu Gunsten der Ungetheiltheit der obligatio aus dem depositum bei mehren Depositaren argumentirt.

---

[1]) Hagen, über den gleichzeitigen Besitz des precario rogans und des rogatus, Hamm 1840, läßt nach justinianischem Recht die possessio des rogatus auf Grund der l. 15 § 4 de prec. nicht blos betreffs der Usucapionswirkung fortdauern. Die Möglichkeit der Coexistenz der possessio des rogans und der des rogatus leitet er aus der Natur des Precariums ab, da bei demselben weder der Concedent die Absicht, sich durch den rogans von der Sache ausschließen zu lassen, noch der rogans die Absicht habe, den Concedenten auszuschließen. Der rogans soll für sich, damit aber zugleich für den rogatus besitzen. Aber praktische Bedeutung hat die Fortdauer der possessio des rogatus doch nur für die Usucapion, wie man sich auch das Verhältniß des rogans zum rogatus zurechtlegen mag. Hagen findet zwar eine Anwendung des Satzes von dem fortdauernden Besitz des rogatus auch in der l. 8 § 2 de prec. Ulpianus: Illud tamen videamus quale sit, si a me precario rogaveris et ego eam rem alienavero, an precarium duret re ad alium translata. et magis est, ut, si ille non revocet, possis interdicere quasi ab illo precario habeas, non quasi a me: et si passus est aliquo tempore a se precario habere, recte interdicet, quasi a se precario habeas. Hagen argumentirt, der Concedent würde während des Besitzes des rogans die Sache nicht auf einen Anderen übertragen können, wenn sein Besitz nicht fortbestanden hätte. Man wird, um dieser Consequenz zu entgehen, annehmen müssen, daß in dem fraglichen Falle eine translatio rei ohne Besitz des Uebertragenden und ohne Besitzerwerb dessen, auf den die Sache übertragen wird, stattfindet. Uebrigens scheint sich von selbst zu verstehen, daß in der Stelle eine Benachrichtigung des Precaristen von der stattgehabten Veräußerung und davon, daß die Sache zur Verfügung des Erwerbers stehe, supponirt wird. Denn anderenfalls könnte der Jurist weder davon, daß dem Precaristen die possessorischen Interdicte gleich als ob er die Sache von dem Erwerber precario erhalten hätte, noch davon, daß das i. de precario dem Erwerber gegen ihn gegeben sei, sprechen.

§ 18. Besitz an Theilen einer zusammengesetzten Sache.

Wer das Ganze besitzt, besitzt auch die Theile. Dieser Satz scheint unbestreitbar zu sein. Denn soweit die Macht reicht und der Wille, muß auch der Besitz reichen. Und doch hat sich auf der Grundlage einiger Stellen in den römischen Rechtsbüchern eine Theorie ausgebildet, welche grade in dem Satze culminirt, daß der Besitzer einer Sache nur die Sache als Ganzes, aber nicht die einzelnen Theile derselben besitze. Die fraglichen Stellen handeln von Sachen, welche durch menschliche Thätigkeit mittelst Verbindung anderer Sachen, ohne daß diese letzteren dadurch ihre physische Existenz verloren haben, hergestellt sind. Die Theorie aber wirft die Fragen auf, ob und unter welchen Voraussetzungen der Besitzer der einzelnen Sachen, der dieselben zu einer zusammengesetzten Sache verbinde, den Besitz an den einzelnen Sachen verliere, und ob und unter welchen Voraussetzungen derjenige, der den Besitz einer zusammengesetzten Sache erwerbe, Besitzer an den einzelnen verbundenen Sachen werde.

Die Hauptstellen, welche die Frage betreffen, sind die nachstehenden: l. 23 pr. de usurp. Javolenus: Eum, qui aedes mercatus est, non puto aliud quam ipsas aedes possidere: nam si singulas res possidere intellegetur, ipsas non possidebit: separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intellegi non poterit. accedit eo, quod, si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit dicat possessione superficiei tempori de mobilibus statuto locum esse, solum se capturum esse ampliori: quod absurdum et minime iuri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur, ut puta cum aedes ex duabus rebus constant, ex solo et superficie, et universitas earum possessionem temporis immobilium rerum omnium mutet. — § 2. Si autem demolita domus est, ex integro res mobiles possidendae sunt, ut tempore, quod in usucapione rerum mobilium constitutum est, usucapiantur. et non potes recte uti eo tempore, quo in aedificio fuerunt: nam quemadmodum eas solas et separatas ab aedificio non possedisti, sic nec penes te singulae aut separatae fuerunt ant cohaerentibus his in aedificio, depositis aedibus, quae hoc quoque ipsum continent. neque enim recipi potest, ut eadem res et ut res soli et tanquam mobilis sit possessa. — l. 30 § 1 l. c. Pomponius: Labeo libris epistularum ait, si is, cui

ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas coniecisset, nihilo minus eum usucapturum, si aedificium possedisset. quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in anulo gemma? in quo verum est et aurum et gemmam possidere et usucapi, cum utrumque maneat integrum. — Daneben kommen noch folgende Stellen in Betracht: l. 30 pr. de poss. Paulus: Qui universas aedes possedit, singulas res, quae in aedificio sunt, non videtur possedisse. idem dici debet et de nave et de armario. — l. 7 § 1 adexhib. Ulpianus: — si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum (et ita Pomponius scribit) quamvis tunc civiliter non possideas.

Die Theorie, welche aus diesen Stellen die Unmöglichkeit des Besitzes an den Theilen neben dem Besitze am Ganzen herleitet, dreht sich um den Satz, daß ein jedes Besitzobject ein einheitliches sei und nur einmal Gegenstand des Besitzes sein könne, daß also, wenn durch eine Verbindung mehrer Sachen ein solches einheitliches Besitzobject entstanden sei, eben nur dies den Gegenstand des Besitzes bilde, mithin ein Besitz an den einzelnen verbundenen Sachen nicht stattfinde.

Das Princip der Einheitlichkeit eines jeden Besitzobjects wird von Kierulff, Pape, Stephan, Lenz am schärfsten in's Auge gefaßt, am schrankenlosesten angewendet und bis zu den bedenklichsten Consequenzen verfolgt.

Nach Kierulff[1]) ist für die Frage der Möglichkeit des Besitzes an den einzelnen verbundenen Sachen die Selbständigkeit oder Unselbständigkeit der Theile entscheidend. Ist ihnen die frühere Selbständigkeit genommen, machen sie nur dienende, nicht bestimmende, sondern bestimmte Glieder des Ganzen aus, wie die zu einer universitas aedificii verbundenen Baumaterialien und anderen Sachen und das mit einem Wagen verbundene Rad, so soll Besitz an ihnen als selbständig in Betracht kommenden Sachen unmöglich sein. Hat dagegen kein Theil die Bedeutung einer unselbständigen Nebensache, ist das Verhältniß vielmehr ein gleiches, wie bei der Verbindung der Gemme mit dem Ringe, so soll kein Theil seine Integrität einbüßen, beide sollen nach wie vor selbständige Besitzobjecte sein.

[1]) Civilrecht S. 376 f.

Mit dem in der l. 30 § 1 de usurp. betreffs der tegulae et columnae ausgesprochenen Satze findet sich Kierulff in der Art ab, daß er das „nihilominus“ als verstärkte Verneinung auffaßt, die Usucapion der tegulae et columnae also durch die Verbindung mit dem Hause wegen Aufhörens des Besitzes an denselben als unterbrochen ansieht.

Pape[1]) legt darauf Gewicht, ob die Verbindung der einzelnen Sachen zu einem Ganzen eine dauernde oder eine vorübergehende sein soll. Im ersteren Falle hält er die Fortdauer des Besitzes an der früher selbständig gewesenen Sache für unmöglich. Eine dauernde Verbindung aber nimmt er sowohl bei der Verbindung von Baumaterialien zu einem Hause, wie bei der Verbindung der Gemme mit einem Ringe und des Rades mit einem Wagen an. Er läßt daher Besitz und Usucapion an den zum Hause verbundenen Baumaterialien und an der mit dem Ringe verbundenen Gemme, ebenso wie an dem mit dem Wagen verbundenen Rade regelmäßig aufhören, und nur für den Fall, daß zum Ablauf der Usucapionsfrist noch die kurze Zeit von zehn Tagen erforderlich sei, eine durch die Praxis zu geltendem Rechte erhobene Ausnahme eintreten. Von dieser Ausnahme, welche am natürlichsten damit erklärt werde, daß der kurze Zeitraum von zehn Tagen übersehen werden solle, sagt er, daß dieselbe in ihrer Anwendung auf die tegulae et columnae von Pomponius nicht durch sachliche Gründe, sondern durch die Autorität des Labeo gerechtfertigt werde. Von der Verbindung der Gemme mit dem Ringe bemerkt er, daß hier die Annahme einer unbedingten Fortsetzung des Besitzes und der Usucapion mit dem Zusammenhange der ganzen lex, sowie auch mit dem Inhalte der l. 7 § 1 ad exhib., nach welcher an einem mit dem Wagen verbundenen Rade ebenfalls kein Besitz stattfinde, nicht vereinbar sei, daß also auch hier eine Ausnahme von der Regel, nach der durch eine dauernde Verbindung mehrer Sachen Besitz und folgeweise Ersitzung aufhöre, vorliege, und daß mit der Zulassung einer Fortsetzung des Usucapationsbesitzes, welche ebenso wie im ersten Falle an die Bedingung, daß die Vollendung der Usucapion nur noch eines Ablaufs von zehn Tagen bedürfe, geknüpft sei, durch eine positive Ausnahme aus Gründen der

---

[1]) Linde's Zeitschr. n. F. Bd. 4. XXIII.

aequitas gegen die strenge Consequenz offenbaren Subtilitäten ein Ende gemacht werden solle.

Stephan[1]) läßt den Besitz einer Mobilie durch ihre Verbindung mit einer anderen Sache aufhören, wenn sie dadurch ihre Selbständigkeit verliert und blos als Bestandtheil des Ganzen in Betracht kommt. Dagegen läßt er die Ersitzung der Sache, die ihre Selbständigkeit durch die Verbindung verloren hat, in und mit dem Ganzen zu. Mit diesem Principe sucht er den Inhalt des ersten Satzes der l. 30 § 1 de usurp. in der Weise zu vereinigen, daß zwar Besitz und Usucapion der tegulae et columnae als besonderer Sachen in Folge ihrer Verbindung mit dem Gebäude aufhören, daß jedoch die Unterbrechung der Usucapion die Ersitzung der tegulae et columnae als Theile des Gebäudes nicht ausschließen soll. Er stellt also zur Erklärung des Fragments den Satz auf, daß die vollendete Usucapion des Gebäudes das Eigenthum der Baumaterialien verschaffe, freilich nur ein widerrufliches Eigenthum, da nach der Trennung der frühere Eigenthümer sein Eigenthum wieder geltend machen könne. Die Verbindung der Gemme mit dem Ringe bezeichnet er als eine solche, bei welcher der Besitz beider Sachen als selbständiger fortdauere, und in den Worten „cum utrumque maneat integrum" findet er einmal den Entscheidungsgrund des zweiten in der Stelle vorgetragenen Falles, dann aber auch das argumentum a contrario für die Entscheidung des ersten Falles.

Lenz[2]) sondert aus den verschiedenen Objecten des Besitzes eine Gruppe aus, die er als „Idealspecien" bezeichnet, und in der er diejenigen anorganischen Körper, welche aus mehreren „Realspecien" durch menschliche Arbeit für die Dauer zu einem bestimmten praktischen Zwecke hergestellt worden, zusammenfaßt. Von diesen Besitzobjecten, zu denen er das Gebäude und den Wagen, nicht aber den Ring mit der Gemme zählt, nimmt er an, daß nur sie selbst im Ganzen, nicht aber ihre Bestandtheile in und mit dem Ganzen besessen werden können. Die l. 30 § 1 de usurp. versteht er dahin, daß nihilominus seine gewöhnliche Bedeutung habe, das Fragment aber nicht die Fortbauer des Besitzes an den tegulae et columnae, sondern nur die von dem Fortbestehen des Besitzes unabhängige

---

[1]) A. f. civ. Pr. Bd. 31. S. 373 ff.

[2]) Besitz S. 124 ff. 139 ff.

Fortdauer der Usucapion der gedachten Bestandtheile des Gebäudes ausdrücke. In der l. 7 § 1 ad exhib. findet er die Durchführung des Satzes, daß es bei der Klage auf Exhibition nur auf die Exhibitionsmöglichkeit, nicht darauf ankomme, ob der Exhibitionspflichtige als Besitzer im juristischen Sinne gelten könne. Der auf die Verbindung von Ring und Gemme sich beziehende Schlußsatz der l. 30 § 1 de usurp. wird von ihm dahin aufgefaßt, daß durch diese Verbindung eine „Idealspecies", ein Ganzes, dem die Theile als dienende Momente zur Erreichung eines bestimmten Zweckes eingefügt und untergeordnet seien, nicht entstehe, Ring und Gemme vielmehr selbständige und besondere Gegenstände des Besitzes bleiben.

Auf praktikablerem Boden bewegen sich Unterholzner und Sintenis. Der erstere[1]) läßt die Frage nach der Möglichkeit des Besitzes an den Bestandtheilen einer zusammengesetzten Sache von dem Satze der Einheitlichkeit eines jeden Besitzobjectes nicht beherrscht werden. Er schließt die Möglichkeit eines Besitzes an den beweglich gewesenen Bestandtheilen einer unbeweglichen Sache darum aus, weil mit der Annahme solchen Besitzes eine und dieselbe Sache als Ganzes wie eine unbewegliche, in ihren Theilen wie eine bewegliche besessen werden, eine solche Folge aber bei der rechtlichen Verschiedenheit zwischen dem Besitze einer Immobilie und dem Besitze einer Mobilie in Beziehung auf Usucapion unstatthaft sein würde. Die aus dem ersten Satze der l. 30 § 1 de usurp. betreffs der Annahme eines unbedingten Aufhörens des Besitzes sich ergebende Schwierigkeit sucht er damit zu beseitigen, daß er nihilomagis für nihilominus liest. Anderenfalls, meint er, bleibe nur übrig, dem Buchstaben der Stelle in der hergebrachten Lesart zu folgen, und in den Fällen, wo die an der Usucapionsfrist fehlende Zeit den Zeitraum von zehn Tagen nicht übersteige, eine Abweichung von der Regel anzunehmen, ohne sich auf eine Erklärung dieser „Wunderlichkeit" einzulassen. An den zu einer zusammengesetzten beweglichen Sache verbundenen Sachen läßt Unterholzner den Besitz in allen Fällen auch nach der Verbindung fortbestehen. Mit dieser Auffassung ist die l. 30 pr. de poss., die sich auf unbewegliche und bewegliche Sachen bezieht, nur zu vereinigen, wenn unter den singulae res, quae in aedibus, nave, armario sunt, nicht die einzelnen Bestandtheile der Sachen, sondern

[1]) Verjährungslehre bearb. von Schirmer Th. I. S. 153 ff.

die in den fraglichen Räumlichkeiten befindlichen besonderen Sachen verstanden werden. Die l. 7 § 1 ad exhib. aber sucht Unterholzner mit seiner Auffassung dadurch in Einklang zu bringen, daß er in den Worten „quamvis tunc civiliter non possideas“ nicht ein Leugnen des juristischen Besitzes an dem mit dem Wagen verbundenen Rade, sondern eine blos mögliche Voraussetzung der mala fides und des durch dieselbe ausgeschlossenen Usucapionsbesitzes findet.

Auch Sintenis[1]) läßt den Besitz der beweglichen Sachen, die mit einer unbeweglichen verbunden werden, durch die Verbindung aufhören. Betreffs der zusammengesetzten beweglichen Sachen aber unterscheidet er, ob die Verbindung unauflöslich ist oder nicht. Im ersteren Falle soll ein Besitz an den einzelnen verbundenen Sachen nicht stattfinden, im letzteren der Besitz trotz der Verbindung fortgesetzt werden. In der l. 30 § 1 de usurp. legt er dem Worte nihilominus die Bedeutung von nihilomagis bei, findet also, wie Kierulff und Unterholzner, in der Stelle eine Verneinung der Fortdauer der Usucapion der tegulae et columnae. Die Verbindung der Gemme mit dem Ringe, sowie die des Rades mit dem Wagen sieht er als auflösliche an. Das dagegen aus der l. 7 § 1 ad exhib. zu entnehmende Argument beseitigt er wie Unterholzner, indem er die Worte „quamvis tunc civiliter non possideas“ mit „selbst wenn du dann nicht besitzen solltest“ wiedergibt.

Andere Schriftsteller unterscheiden zwischen dem Falle, in welchem die zusammengesetzte Sache selbst Gegenstand des Besitzerwerbes ist, und dem Falle, in welchem der Besitzer der einzelnen Sachen deren Verbindung vornimmt. Sie differiren aber in der Begründung des Unterschiedes.

Thibaut und Windscheid stellen das Princip der Einheitlichkeit eines jeden Besitzobjectes nicht minder scharf hin, als die zuerst angeführten Schriftsteller. Sie halten aber dafür, daß die Römer alle Consequenzen des Princips zu ziehen sich gescheut haben. Thibaut[2]) meint, die juristische Consequenz führe zu der Regel, daß mit der Vereinigung der mehren Sachen der Besitz aufhöre. Die Regel stehe also der Fortdauer der an den einzelnen Sachen vor ihrer Verbindung begonnenen Usucapion entgegen. Dem begegne

[1]) A. f. civ. Pr. Bd. 20. IV und Civilrecht Bd. 1 § 43 Note 14.

[2]) A. f. civ. Pr. Bd. 7 III.

die l. 30 § 1 de usurp. in Ansehung verbundener beweglicher Sachen. Bei deren Vereinigung bleibe der Besitz ein Mobiliarbesitz, und die Usucapion solle daher, da generisch nichts geändert werde, fortdauern. Dagegen sei die Ersitzung der mit einer Immobilie verbundenen Mobilien ausgeschlossen und in der l. 30 § 1 de usurp. nur eine Ausnahme für den Fall zugelassen, daß zur Usucapion der Mobilie bei ihrer Verbindung mit der Immobilie nicht mehr als zehn Tage fehlen. Diese Ausnahme erklärt Thibaut damit, daß die römische Praxis auch in anderen Fällen die letzten Momente eines Zeitraums erlassen habe, wie sie auf die minima überhaupt kein Gewicht lege.

Nach Windscheid [1]) fällt die Möglichkeit, die mit einer anderen verbundene Sache nach der Verbindung zu besitzen, mit der Möglichkeit zusammen, sich die verbundene Sache trotz der Verbindung als die, welche sie gewesen, vorzustellen, sie sich als einzelne zu denken. Sachen, deren Wesenheit durch die Verbindung nicht geändert wird, wie eine als Zierath aufgestellte, nicht verbaute Säule, ein mit dem Wagen verbundenes Rad, der in einen Ring gefaßte Stein, sind nach ihm mögliche Objecte des Willens und des Besitzes. Die l. 7 § 1 ad exhib. sucht er mit der Ausführung zu erklären, der Jurist bezeichne das Rad als nicht besessen, weil der natürlichen Betrachtung, von der abzugehen man bei der Frage der Exhibition keine Veranlassung gehabt habe, das Rad eben nur als Bestandtheil des Wagens, also als kein besonderes Besitzobject gelte. Daraus folge nicht, daß ein von dem Besitzer des Wagens mit demselben verbundenes Rad kein Besitzobject mehr sei. Das Rad werde mit vollem juristischen Besitze besessen. Nur sei in der Stelle nicht der Ort gewesen, diesen Besitz hervorzuheben. Ist dagegen eine Sache in der Art Bestandtheil einer anderen geworden, daß es an der Möglichkeit fehlt, sie sich als einzelne vorzustellen, so ist nach Windscheid aus juristischen Gründen kein Besitz möglich: es fehlt solchen Sachen, so lange die Verbindung dauert, für die juristische Betrachtung an der selbständigen Existenz. Diese juristische Betrachtung habe man aber, führt Windscheid weiter aus, in der Lehre vom Besitze nicht streng durchgeführt, indem die Ersitzung einer Sache, wie die l. 30 § 1 de usurp. besage, dadurch nicht unterbrochen

[1]) Sell's Jahrb. Bd. 1. XII.

werde, daß der Besitzer sie zum Bestandtheile einer anderen von ihm besessenen Sache mache. Die von dem Besitzer selbst mit einer anderen von ihm besessenen Sache verbundene Sache werde also immer von dem Besitzer weiter besessen und usucapirt. Das durch Usucapion entstehende Eigenthum am Ganzen verschaffe also auch das Eigenthum an den Theilen. Da dies aber nur die Folge der Verbindung der Theile zu einem Ganzen sei, so falle, wenn die Verbindung nach vollendeter Usucapion aufhöre, damit das Eigenthum an den Theilen in der Art fort, daß der frühere Eigenthümer der Theile, vorausgesetzt daß er nicht auch Eigenthümer des Ganzen gewesen sei und dies Eigenthum durch Usucapion verloren habe, sein Eigenthum an den Theilen wieder geltend machen könne.

Im Gegensatze zu Thibaut und Windscheid finden Savigny, Sell, Puchta und Binding in der Fortdauer des Besitzes an den Sachen, welche der Besitzer selbst mit einer anderen von ihm besessenen Sache verbunden hat, kein Abweichen von der Rechtsconsequenz, sondern suchen jene Fortdauer durch innere Gründe zu rechtfertigen.

Savigny[1]) führt die in Rede stehende Unterscheidung, indem er ihre Erwähnung mit den Worten einleitet: „Auch in der Anwendung dieser Regel (d. i. der Regel, nach welcher der Besitzer einer zusammengesetzten Sache nicht auch den Besitz der einzelnen verbundenen Sachen habe) unterscheidet sich wieder der Erwerb von dem Verlust des Besitzes", darauf zurück, daß die Voraussetzungen des Besitzerwerbes nicht mit denen der Fortdauer des Besitzes zusammenfallen, der einmal erworbene Besitz also mit dem Aufhören der Voraussetzungen, unter denen er habe erworben werden können, noch nicht aufhöre. Eine Ausnahme machen nach ihm nur die Baumaterialien. An ihnen läßt er den Besitz durch das Verbauen abgesehen von dem Falle der decem dies in der l. 30 § 1 de usurp. verloren werden. Diese Ausnahme hat Savigny zuerst in der Art erklärt, daß er die decem dies als eine kurze Zeit, bei welcher eine usurpatio durch Vindication kaum noch möglich gewesen wäre, aufgefaßt hat. Später hat er der von Falck aufgestellten Meinung beigepflichtet, nach welcher die tegulae et columnae äußerlich dem Gebäude angefügte Stücke, also keine Bestandtheile desselben sein sollen.

---

[1]) Besitz S. 269 f.

Sell[1]) geht mit Savigny bis auf den Punct, daß er die fragliche Ausnahme für die Baumaterialien nicht anerkennt. Er läßt auch bei ihnen Besitz und Usucapion trotz ihrer Verbindung zu einem Gebäude fortdauern. Das Zwölftafelverbot der Vindication der tigna iuncta faßt er dahin auf, daß dasselbe erst mit der Vollendung des Gebäudes wirksam werde. Da aber zur Vollendung wenigstens eine einjährige Frist regelmäßig als erforderlich angenommen werden müsse und zur Zeit der l. 30 § 1 de usurp. die Usucapion beweglicher Sachen nicht länger gewährt habe, so sei die Usucapion der Baumaterialien trotz der Verbindung im Bau eben so wenig unterbrochen worden, als die Möglichkeit der Vindication aufgehört habe.

Nach Puchta[2]) kann Niemand wegen Unmöglichkeit des körperlichen Verhältnisses den Theil einer körperlichen Sache ohne Besitzer des Ganzen zu sein, besitzen. Dagegen steht quoad corpus dem nichts entgegen, daß der Besitzer des Ganzen auch Besitzer der Theile sei. Es kommt dabei nur auf den animus an. Auch dieser wird in seiner Richtung auf die mit einer anderen verbundenen Sache von Puchta für möglich gehalten. Entscheidend soll dabei nur sein, ob der animus mit Sicherheit zu constatiren ist. Als constatirt aber sieht Puchta denselben an, wenn der Besitzer des Ganzen die Sache vorher als einzelne besessen und sie dann dem Ganzen eingefügt habe. In diesem Sinne stellt er das Einbauen von Baumaterialien der Verbindung des Steines mit dem Ringe und der Vereinigung des Rades mit dem Wagen (l. 30 § 1 de usurp. l. 7 § 1 ad exhib.) gleich. Zum ersten Theile der l. 30 § 1 de usurp. bemerkt er, es habe sich gefragt, ob die Usucapion der tegulae et columnae wegen ihrer Verbindung mit dem Gebäude unbeschadet der Fortdauer des Besitzes aufhören solle, und die Gründe gegen die Fortdauer der Usucapion seien in der Stelle beseitigt, sei es wegen der Beschaffenheit der Verbindung, auf die sie nicht anwendbar seien (Falck), sei es wegen der kurzen Frist von zehn Tagen, sei es, daß die decem dies eine solenne Beispielszahl, wie in der l. 50 de minor. bedeuten (Thibaut).

Binding[3]) führt zur l. 30 § 1 de usurp. aus, den zur Fort-

---

[1]) Lehre der dinglichen Rechte S. 141 ff.
[2]) Kl. civ. Schriften XXVI. S. 422 ff.
[3]) A. f. civ. Pr. Bd. 27. IX—XV.

erhaltung des Besitzes an der mit einer Immobilie verbundenen beweglichen Sache erforderlichen animus beweise die Vereinigung der Mobilie mit der Immobilie selber, die ja nur animo sibi habendi geschehe. Ebenso werde die wirkliche Innehabung durch den Besitz des Gebäudes fortgesetzt. Noch weniger hindere die Vereinigung beweglicher Sachen mit einander die Fortdauer des abgesonderten Besitzes. Die Fortdauer der Usucapion dagegen nimmt Binding im Falle des Einbauens von Baumaterialien nicht an. Man hat vielmehr nach ihm vom Verbote der Trennung des Baumaterials auf die Unmöglichkeit der Usucapion zu schließen, da mit der Annahme des Gegentheils die Regel: agere non volenti non currit praescriptio nicht gewahrt bleibe. Daß in der l. 7 § 1 ad exhib. der Besitz geleugnet werde, erklärt Binding damit, daß der Jurist, indem er die Eigenschaft des Rades als eines fremden hervorhebe, nur das Nichtvorhandensein des Usucapionsbesitzes, den Binding unter der possessio civilis versteht, behaupte. Aber auch da, wo die zusammengesetzte Sache selbst Gegenstand der Besitzergreifung ist, hält Binding den gleichzeitigen Besitzerwerb an den Bestandtheilen für möglich, und nimmt solchen an, wenn der animus des Erwerbers von vornherein auf die Theile gerichtet gewesen ist, oder, wie Binding an einer anderen Stelle sagt, wenn der Erwerbende beim Erwerbe die Theile im Auge gehabt hat. Umfaßt dagegen der ursprüngliche animus die Theile nicht, so gibt die vollendete Usucapion des Ganzen Eigenthum an den Theilen nur bei einer rechtlichen Gleichartigkeit des Ganzen und der Theile, d. h. in dem Falle, wenn die Sache und ihre Theile vorher denselben Eigenthümer gehabt haben.[1])

---

[1]) Es sind noch andere Abhandlungen der vorliegenden Frage aus der neueren Zeit vorhanden. Aber sie bieten keine wesentlich neuen Gesichtspunkte. Letzteres gilt auch von dem Aufsatz Madai's im 25. Bd. des A. f. civ. Pr. X. Madai nimmt mit den zuletzt gedachten Schriftstellern an, daß der Satz, nach welchem der Besitzer des Ganzen nicht auch als Besitzer der einzelnen Theile zu betrachten sei, neben dem Princip bestehen könne, daß die Verbindung einer bisher für sich besessenen Sache mit einer anderen weder die Fortdauer des Besitzes noch die Ersitzung, sofern das Ganze von dem bisherigen Usucapienten des Theiles besessen werde, hemmen. Im übrigen folgt er Sintenis in der Auffassung der l. 7 § 1 ad exhib. und geht mit Windscheid betreffs der Frage der Revocabilität des durch Usucapion des Hauses erlangten Eigenthums an den Baumaterialien, wenn der Eigenthümer des Hauses nicht gleichzeitig Eigenthümer der Baumaterialien gewesen ist.

§ 19. Fortsetzung.

Die auf den Satz der Einheitlichkeit eines jeden Besitzobjects gegründete Theorie von der Unmöglichkeit des Besitzes der Bestandtheile einer zusammengesetzten Sache muß wegen der Resultate, zu denen sie führt, eine berechtigte Skepsis herausfordern. Die Stellen, die der Theorie zum Grunde liegen, enthalten Entscheidungen, mit denen man sich durchaus befreunden kann. Aber das Gebäude, das über diesen Entscheidungen aufgerichtet ist, scheint mir auf einer Auffassung derselben, welche über ihre wahre Bedeutung weit hinausgeht, zu beruhen.

Die Consequenz des fraglichen Satzes muß dahin führen, daß, sobald die Sache in ihre Theile aufgelöst wird, die Bestandtheile einer neuen Apprehension unterliegen, und dem bisherigen Besitzer des Ganzen gegen den, welcher, bevor er selbst zur Apprehension hat kommen können, an den einzelnen Bestandtheilen Besitz ergriffen hat, kein auf seinen Besitz gegründetes Rechtsmittel gegeben ist. Der Besitzer eines eingestürzten Hauses, der Besitzer eines Wagens, der auf der Reise zertrümmert wird, der Besitzer eines gescheiterten Schiffes würden also, wenn sie das Haus, den Wagen, das Schiff vom Nichteigenthümer gekauft und noch nicht ersessen hätten, sich gefallen lassen müssen, daß Andere, die früher als sie selbst oder ihre Leute zur Stelle wären, an den Trümmern Besitz ergriffen. Denn das interdictum utrubi, die actio furti, die Publiciana in rem actio finden nicht statt, wenn nicht der Kläger Besitz gehabt hat. Diese Consequenz ist, wie ich meine, durchaus abzuweisen. Kein römischer Jurist hat derartige Sätze aufgestellt.[1]) Dazu waren die Römer allzu praktisch. Der Satz von der Unmöglichkeit des Besitzes der Theile in und mit dem Ganzen hat die einzige Möglichkeit der Existenz in seiner Beziehung auf Usucapion[2]).

---

[1]) Lenz, a. a. O. S. 143 f., scheut die Consequenz nicht. Er meint, der bisherige Besitzer setze an den Trümmern seinen Besitz nicht fort, sondern er könne und werde sie nur vor allen Anderen in Besitz nehmen, da er am ersten bei der Hand sei. Das ist ein geringer Trost.

[2]) In der l. 7 § 10 und l. 8 quod vi aut clam werden Aussprüche des Ulpian und des Venulejus, wie folgt, zusammengestellt: Proinde et si tegulas de aedificio sustulerit, magis est, ut interdicto teneatur, nam origo

Aber auch in dieser Beziehung müssen zusammengesetzte bewegliche Sachen von seiner Anwendung verschont bleiben. Die l. 7 § 1 ad exhib., von der Savigny sagt, daß sie große Schwierigkeiten mache, kann solche nur verursachen, wenn man die possessio civilis mit dem Usucapionsbesitz identificirt. Alle Schwierigkeiten fallen weg, wenn die Stelle dahin verstanden wird, daß die actio ad exhibendum, welche zur Vorbereitung der rei vindicatio dienen soll, nicht blos gegen den juristischen Besitzer, sondern, ebenso wie die rei vindicatio, auch gegen den Detentor, im vorliegenden Falle gegen den, der ein geliehenes Rad mit seinem Wagen verbunden hat, gegeben ist. Die l. 30 pr. de poss. aber beziehe ich mit Savigny nicht auf Bestandtheile, sondern finde in ihr nur den Satz, daß der Besitzer einer Sache, die einen Raum darstellt, in welchem man andere Sachen zu haben pflegt, nicht schon aus dem Grunde, weil er die Sache besitzt, auch Besitzer der in dem fraglichen Raume befindlichen Sachen ist. Das einzige Beispiel, welches in Ansehung der Fortdauer der Usucapion beweglicher Sachen, die mit einander zu einem Ganzen verbunden sind, in den Rechtsbüchern aufgestellt wird, ist in der l. 30 § 1 de usurp. enthalten. Hier wird von der Verbindung der Gemme mit dem Golde zu einem Ringe gesagt, daß die Usucapion an den verbundenen Sachen fortdauere. Die dem Beispiel vorausgeschickten Worte: „quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent," zeigen, daß mit dem gewählten Beispiel der Gegensatz der zu einem Ganzen verbundenen beweglichen Sachen zu der Verbindung beweglicher Sachen mit dem Grund und Boden hat ausgedrückt werden sollen, und daß das utrumque manet integrum nicht durch das Verhältniß der verbundenen Sachen zu einander, sondern ausschließlich durch die Eigenschaft des Ganzen als einer Mobilie bedingt ist.

---

huius rei a solo proficiscitur. ceterum per se tegulae non possidentur, sed cum universitate aedificii, nec ad rem pertinet, adfixae sunt an tantum positae. Es handelt sich um die Darlegung des in einer Veränderung an einer Immobilie bestehenden Requisites des i. quod vi aut clam. Aus dem zum Zweck dieser Darlegung aufgestellten Satze: ceterum per se tegulae non possidentur möchte ich nicht folgern, daß gegen den, der Dachziegeln von einem Gebäude fortnimmt, nicht auch, wenn im übrigen die Voraussetzungen vorliegen, die condictio furtiva oder ein anderes, auf den früheren Besitz des Hausbesitzers an den Dachziegeln gegründetes Rechtsmittel zu geben ist.

Es bleibt als mögliches Bereich der Geltung des Satzes von der Unmöglichkeit des Besitzes, d. h. der Usucapion der Theile in und mit dem Ganzen, nur die in der l. 23 und in der l. 30 § 1 de usurp. besprochene Verbindung von Baumaterialien mit dem Grund und Boden zu einem Gebäude übrig. Aber auch hier hat der Satz keine uneingeschränkte Geltung. Der l. 30 § 1 liegt die Auffassung zum Grunde, daß der Besitz an den Baumaterialien, welche ihr Besitzer zum Hausbau verwendet, bestehen bleibe. Die Fortdauer des Besitzes wird in der Stelle nicht nur nicht in Frage gestellt, sondern sogar vorausgesetzt, und die Frage ist nur die, ob auch die Usucapion fortbauere. Die letztere ist abhängig von der Fortdauer des Besitzes; aber sie ist bei eingebauten Baumaterialien trotz der Fortdauer des Besitzes durch die hier stattfindende Beschränkung der actio ad exhibendum und der rei vindicatio ausgeschlossen. Wie ist nun in unserer Stelle die Fortdauer der Usucapion zu erklären? Es ist unmöglich anzunehmen, daß der Usucapient dem Eigenthümer der tegulae et columnae gegenüber habe begünstigt werden sollen. Dafür ist kein Grund erfindlich, und die von Thibaut herbeigezogenen, die Nichtberücksichtigung der letzten Momente eines längeren Zeitraums betreffenden Analogien lassen sich in diesem Sinne nicht verwenden. Der Jurist kann auch nicht, wie Savigny anfänglich gemeint hat, daran gedacht haben, daß die zehn Tage eine so kurze Zeit seien, daß eine usurpatio durch Vindication kaum noch möglich gewesen wäre. Das „kaum noch" widerlegt diese Meinung. War die usurpatio in den zehn Tagen thatsächlich auch nur kaum noch möglich, so muß sie auch rechtlich möglich sein. So lange die usucapio läuft, muß die rechtliche Möglichkeit der usurpatio dauern. Der von Savigny nachmals angenommenen, zuerst von Falck aufgestellten Ansicht, es werde in der Stelle vorausgesetzt, daß die tegulae et columnae keine eigentlichen Baumaterialien, sondern äußerlich mit dem Gebäude verbundene Stücke seien, würde das Bedenken nicht entgegenstehen. Völlig befriedigend ist aber auch diese Lösung nicht. Einmal gibt sie keine Erklärung dafür, daß grade von der kurzen Zeit von zehn Tagen die Rede ist. Dann aber deutet nichts in der Rede darauf hin, daß dabei eine lose Verbindung, ein Nichtgehören der tegulae et columnae zur omnis materia vorausgesetzt werde, da wenigstens die

tegulae sonst dazu gerechnet werden.[1]) Bringen wir aber die tegulae et columnae unter den Begriff der omnis materia, so möchte die folgende Lösung angezeigt sein: Gehen wir davon aus, daß die Fortdauer der usucapio nicht ohne die Fortdauer der Möglichkeit der usurpatio denkbar ist, so müssen wir die Voraussetzungen der Fortdauer dieser letzteren Möglichkeit construiren, d. h. wir müssen Gründe dafür finden, in dem Falle, den die Stelle entscheidet, die Zulässigkeit der actio ad exhibendum und der rei vindicatio anzunehmen. Sell hat dies richtig erkannt. Aber die Art, auf welche er die Vindicationsmöglichkeit und damit die Fortdauer der Usucapion construirt, ist nicht die richtige. Der Satz, daß zur Vollendung des Baues wenigstens die Zeit von einem Jahre regelmäßig als erforderlich angenommen werden müsse, möchte vielleicht seiner Argumentation dienen können, wenn die Verwendung von Baumaterialien zur Fundamentirung des Hauses in Frage wäre. Wie aber, wenn der Bau mit dem fremden Material grade vollendet wird? Es muß also ein anderer Weg gefunden werden. Der Grund, aus dem die actio ad exhibendum und die rei vindicatio in ihrer Richtung auf eingebaute Baumaterialien für unstatthaft erklärt sind, wird dahin angegeben: ne urbs ruinis deformetur. Die Gebäude sollen dagegen geschützt sein, daß mit der actio ad exhibendum ihr Niederreißen gefordert werde. Wie nun aber, wenn der Nachtheil, der das Gebäude in Folge der Gestaltung jener Klage trifft, nur eine Verzögerung der Fertigstellung des Gebäudes um die kurze Frist von zehn Tagen ist. Ich denke mir den Fall der Stelle, wie folgt: Bei dem Baue eines Hauses haben fremde tegulae et columnae Verwendung gefunden. Sie sind als Baumaterial dem Bau eingefügt. Die Usucapionsfrist läuft für den Bauherrn zehn Tage nach der Einfügung ab. Die Trennung des Materials von dem Bau, wenn sie innerhalb der zehn Tage mit der actio ad exhibendum verlangt würde, könnte nur die Verzögerung eines unvollendeten Bau's um einige Tage zur Folge haben, oder, wenn der Bau in diesen Tagen fertig gestellt worden, eine nachträgliche Arbeit von wenigen Tagen nothwendig machen. Auf einen solchen Fall findet das Zwölftafelverbot keine Anwendung, und damit wird auch die Fortdauer der Usucapion gerechtfertigt.

---

[1]) l. 1 § 1 de tigno iuncto, cf. l. 8 quod vi aut clam.

Wir haben es nur noch mit der l. 23 de usurp. zu thun. Der in der Stelle zuerst entschiedene Fall ist folgender: Jemand kauft ein Haus vom Nichteigenthümer und nimmt es in Besitz. Nach Ablauf der für Mobilien, aber vor Ablauf der für Immobilien bestimmten Usucapionsfrist verlangt der Eigenthümer Räumung des Hauses. Der Besitzer meint wenigstens die Superficies, weil dieselbe aus beweglichen Sachen bestehe, erworben zu haben. Er will also das Haus abbrechen und dem Eigenthümer nur den Grund und Boden herausgeben. Der Jurist gibt dem Käufer Unrecht. Er argumentirt, daß der Käufer das Haus, nicht die Baumaterialien, gekauft und besessen habe; das Haus sei etwas anderes, als die Baumaterialien. Weiter argumentirt er, wollte man annehmen, daß der Grund und Boden als Immobilie, die zu dem Hause vereinigten Baumaterialien als Mobilien besessen würden, so käme man zu dem absurden Resultate, daß eine und dieselbe Sache, als welche die zu dem Hause verbundenen Baumaterialien und der Grund und Boden angesehen werden müßten, in verschiedenen Zeiten ersessen werden könnte.

Von dem Standpuncte des römischen Rechts aus, welches die Gebäude als Immobilien ansieht, ist die Entscheidung durchaus consequent. Der Satz, der die für Immobilien bestimmte Usucapionsfrist normirt, würde umgangen und in der Beziehung auf Gebäude zu einer Unwahrheit werden, wollte man den Käufer des Hauses die Bestandtheile des letzteren als Mobilien usucapiren lassen. Die Entscheidung hat aber ihre nothwendige Begrenzung in jener Beziehung auf Gebäude. Denn sie hat ihren Grund in der durch die Verwendung der Baumaterialien in ein Gebäude geschehenen Immobilisirung der ersteren, womit ausgeschlossen ist, daß sie für die Usucapion als bewegliche Sachen in Betracht kommen. In diesem Sinne ist es zu verstehen, wenn der Jurist sagt, daß das Gebäude als Object des Besitzes, d. h. des Usucapionsbesitzes, ein anderes Ding sei, als die Baumaterialien.

Im § 2 der l. 23 erhält das besondere Recht der Gebäude einen weiteren Ausdruck. Die hier für den Fall der Auflösung des Hauses in seine Bestandtheile getroffene Entscheidung ist eine Consequenz der Ausschließung der actio ad exhibendum und der rei vindicatio von der Anwendung auf verbaute Baumaterialien. Die Usucapion des Hauses macht den Usucapienten, wenn nach abgelaufener Usucapionszeit das Gebäude eingerissen wird, nicht zum Eigen-

thümer der Baumaterialien. Mit der wieder eintretenden Mobilisirung der letzteren kann nur eine neue Usucapion für den bisherigen Besitzer des Hauses anfangen.[1]) Ebenso beginnt von da ab für den Eigenthümer der Baumaterialien wiederum die Möglichkeit der rei vindicatio, die so lange ausgeschlossen war, als das Gebäude bestand. Diese Vindicationsmöglichkeit tritt jedoch dann nicht ein, wenn der Erbauer des Hauses, der seines Eigenthums am Hause durch die Usucapion eines Anderen verlustig gegangen war, seine eigenen Baumaterialien zum Bau verwendet hatte. Denn in solchem Falle konnte er sein Eigenthum durch Vindication des Hauses selbst geltend machen.

II. Spätere Rechtsentwickelung.

§ 20. Einleitung.

Die Macht des römischen Rechts zeigte sich bei seiner Renaissance im Mittelalter nicht auf allen Gebieten gleich groß. Einmal waren seine Normen nicht überall zur gedankenmäßigen Vollendung gediehen. Nicht alle Rechtsinstitute waren von einer Rechtsidee einheitlich beherrscht. Das Recht hatte nicht überall das Gepräge eines Products freier Geistesthätigkeit, wodurch es im Allgemeinen sich so mächtig zeigte. Dann aber war der Boden, in dem es angebaut wurde, kein Neuland. Andere Rechtsgedanken hatten in ihm Wurzel getrieben. Daraus war auf manchen Rechtsgebieten ein reiches Leben hervorgewachsen, das vom römischen Recht trotz des in seinem Namen erhobenen Anspruchs, das Recht an sich zu sein, nicht bewältigt werden konnte. Trafen beide Momente, die eine Aufnahme des Inhalts der römischen Rechtsbücher zu beeinträchtigen geeignet waren, zusammen, so war es natürlich, daß die Gestaltungen der neuen Rechtsentwickelung, wenn sie auch den praktischen Bedürfnissen ent-

[1]) Ex integro res mobiles possidendae sunt (l. 23 § 2 de usurp.), d. h. die Baumaterialien müssen als bewegliche Sachen von Neuem usucapirt werden, nicht: sie sind von Neuem in Besitz zu nehmen.

sprechen mochten, doch ein buntes, aus mancherlei Stoffen zusammengesetztes Gewand erhielten, das mancherlei Blößen sehen ließ, und der heutigen Rechtswissenschaft abenteuerlich vorkommen muß.

Bei dem Besitz und Besitzschutz trafen jene beiden Momente zusammen. In Ansehung des ersteren Momentes wurden die Glossatoren, indem sie sich die Aufgabe stellten, das römische Recht sich und Anderen zum Verständniß zu bringen, durch ihre naiv gläubige Hingabe an das römische Recht gehindert, den vielfach in ihm zu Tage tretenden Mangel an einheitlicher gedankenmäßiger Ausbildung zu erkennen. Sie legten auf der einen Seite manchen Aussprüchen der römischen Juristen eine unverdiente Bedeutung bei, verwandten nutzlose Mühe auf ihre Ergründung und richtige Auffassung, und suchten auf der anderen Gedanken in ihnen, die dem eigenen Rechtsgefühl entsprachen, die aber im römischen Recht entweder gar nicht oder doch nur unentwickelt vorhanden waren. Damit begann der Proceß der Aufnahme fremden Rechtsstoffs in die Formen des römischen Rechts, ein Proceß, der sich bei den Nachfolgern der Glossatoren fortsetzte und der dahin führte, daß aus der possessio ein Rechtsbegriff und aus dem possessorischen Schutz ein Rechtsinstitut wurde, deren Vaterschaft von den Römern schwerlich anerkannt worden wäre.

§ 21. Bestimmung der Grenzen des Besitzbegriffs durch den animus possidendi.

Das Streben der Glossatoren nach einheitlicher Bestimmung des Besitzes durch den Besitzwillen nahm verschiedene Richtungen. Nach **Placentinus** kann Besitzer nur sein, wer pro suo besitzt. Auch der fur, der praedo, der invasor besitzen. Der Besitz verträgt sich mit der Anerkennung eines Anderen als dominus der Sache nicht. Die einzige Ausnahme wird beim Precaristen gemacht, wenn derselbe um die possessio civilis gebeten und sie erhalten hat. Vom Pfandgläubiger, vom Emphyteuten, vom Superficiar, vom Fructuar, vom Commodatar und Miether wird gesagt, daß sie alieno nomine in possessione seien, aber nicht besitzen.[1]) Denjenigen, die alieno nomine in possessione sind, werden aber, wenn sie ein ius in re ansprechen, wie der Fructuar, oder ein dominium utile, wie der

[1]) Summa in cod. de adquir. vel amitt. poss.

Emphyteuta, der Superficiar, der Feudatar, die interdicta uti possidetis und unde vi als utilia gegeben. Dem Commodatar und dem Depositar werden die Interdicte versagt.[1]) Dagegen erkennen Bassianus und Azo neben dem, der die Sache wie eine eigene haben will, auch den als Besitzer an, der den Stoff eines dinglichen Rechtes anspricht, dessen Ausübung die Detention der Sache voraussetzt. Azo zählt als solche Besitzer den Vasallen, den Emphyteuten, den Usufructuar und den Pfandgläubiger auf, und sagt von ihnen: sibi possident ratione iuris, quod habent in re. Auch den colonus, qui ad non modicum tempus conduxit, läßt Azo wegen l. 3 si ager vectig. und l. 1 § 3 de superf. als Besitzer gelten.[2]) In die accursische Glosse ist die Meinung Azo's aufgenommen.[3]) Doch nennt Azo, wie schon vor ihm Placentinus, den Usufructuar und den Usuar auch iuris possessor. In der accursischen Glosse findet sich diese Bezeichnung ebenfalls.[4]) Mit Azo legt Accursius auch dem Precaristen possessio bei, wenn er solche erbeten und erhalten hat.[5]) Dem Miether und Pächter, dem Commodatar und dem Depositar wird einstimmig, abgesehen von der rücksichtlich des conductor ad non modicum tempus gemachten Ausnahme, Besitz abgesprochen. Ein Versuch, zu erklären, weshalb der Precarist, nicht aber der Miether und Pächter, wenn jene Ausnahme nicht vorliegt, Besitzer seien, wird nicht gemacht. Allen jenen Besitzern werden die interdicta uti possidetis und unde vi gegeben. Den bloßen Detentoren werden sie abgesprochen. Doch erkennt die accursische Glosse einen Anspruch der letzteren auf das officium iudicis, um sich in der Detention zu erhalten, an[6]).

Die Auffassung des Accursius bleibt bei den italienischen Juristen die herrschende. Auch das Schwanken betreffs der Frage, ob der Usufructuar und der Usuar possessio rei oder iuris quasi

---

[1]) Summa in cod. unde vi u. uti poss.

[2]) Azon. summa in cod. de adquir. vel amitt. poss. Nro. 15 seq. 24; unde vi Nro. 11 seq., uti poss. Nro. 5.

[3]) Gl. non possit zu c. 4 de poss., gl. ex contrario zu l. 3 § 5 de poss., gl. alieno zu l. 13 pr. de usurp.

[4]) Placent. summa in cod. unde vi; Az. summa in cod. uti poss. Nro. 3; Gl. ait praetor zu l. 1 pr. uti poss.

[5]) Az. summa in cod. de adq. vel amitt. poss. Nro. 33; Gl. possidet vi zu l. 1 § 9 uti poss.

[6]) Gl. facile zu l. 19 pr. de petit. hered., gl. incerti zu l. 12 § 2 de cond. furt.

possessio haben, dauert fort. Bartolus sucht die Anwendung des Besitzbegriffs auf den Usufructuar damit zu fixiren, daß er den letzteren, wenn er dem dominus gegenübersteht, iuris quasi possessio, wenn er anderen gegenübersteht, possessio rei gibt[1]). Nachfolge scheint diese Ansicht nicht gefunden zu haben. Bei den Späteren gewinnt die Meinung die Oberhand, daß der Usufructuar als verus possessor die Interdicte habe. Menochi zählt einige Gegner dieser Meinung auf, bezeichnet dieselbe aber als die sententia verior et crebrior[2]).

Bei Alciat († 1550), der neben Zasius als Urheber der Befreiung der Rechtswissenschaft von den Traditionen der alten Rechtsschulen bezeichnet wird, findet sich insofern ein neuer Gedanke, als er ein eigenthümliches Mittel in Bereitschaft hat, um den Besitzschutz auf die bloßen Detentoren auszudehnen. Einen Anspruch derselben auf das officium iudicis trägt er Bedenken anzuerkennen. Aber er möchte ihnen doch geholfen wissen. Daher ertheilt er ihnen den Rath, sich eintretenden Falls für Besitzer auszugeben (Doctores — ex aequitate officium iudicis dari existimant — id ego non facile admiserim, nisi cumis, qui ageret, possessionem aliquam — praetenderet, ut quia donatum sibi usum diceret, in quo inquietaretur — alias nulla subest ratio, cur, quod interdicto nobis vetuit praetor, indistincte concedat officio[3]). Bei Zasius († 1535) tritt die Beziehung des Besitzes auf das Eigenthum in den Vordergrund. Zum Besitz gehört die cogitatio domini: der Besitzer muß sich für den Eigenthümer halten. Daher bezeichnet Zasius die possessio vitiosa als impropria, die des Precaristen als sterilis. Aber freilich muß er die p. des Pfandgläubigers als wirklichen Besitz anerkennen, neben welcher der Besitz des dominus nicht der Substanz, sondern dem Scheine nach der Usucapion wegen fortdauere. Ebenso läßt er neben dem dominus feudi den Vasallen besitzen. Dem Usufructuar aber spricht er den Besitz ab. Den Detentoren gesteht er den possessorischen Schutz zu ratione iuris quod habent. Er gebraucht hier dieselben Worte wie Placentinus, jedoch mit Weglassung des „in re". Vom Commodatar und vom Depositar sagt er, daß

---

[1]) Comment. in l. 12 de poss.

[2]) Comment. de recup. poss. I. Nro. 74. Mit welcher Wichtigkeit die Frage behandelt worden ist, ergibt sich auch aus den Untersuchungen des Galvanus († 1659) de usufr. cap. 33. 34.

[3]) Comment. in l. 15 de poss. Nro. 7.

ihnen der Interdictenschutz zukomme, nicht ratione rei possessae, sondern ratione commodati vel depositi[1]).

Von den französischen Juristen des sechszehnten Jahrhunderts folgen die Meisten bei Bestimmung des animus possidendi dem **Theophilus**. Sie übersetzen ψυχὴ δεσπόζοντος mit animus dominantis, verstehen aber darunter den Willen, die Sache wie eine eigene zu haben, also den Savigny'schen animus domini. Besonders scharf halten diese Grenzlinie **Conanus** († 1551) und **Donellus** († 1591) aufrecht. Nach **Conanus** haben der Vasall und der Emphyteuta Sachbesitz wegen ihres dominium utile. Dem dominus directus wird der Besitz abgesprochen. Der Precarist hat nur den Schein des Besitzes, der Usufructuar keinen Besitz[2]). — **Donellus** definirt possidere als rem corporalem, quae in commercio est, aliis possessionibus vacuam affectu domini tenere, und erläutert affectu domini mit pro sua, tanquam suam. Vom Colonus, Fructuarius und Pfandgläubiger sagt er, daß sie keine vera possessio haben, sondern daß ihre possessio, wo davon im corpus iuris die Rede sei, nur mißbräuchlich so genannt werde[3]).

Abweichend ist die Auffassung des **Duarenus** († 1559). Er geht zwar ebenfalls vom affectus dominantis aus, hält aber Besitz für möglich, auch wenn ein Anderer als dominus anerkannt wird. Besitzer ist nach ihm, qui rem ita tenet, ut se dominum esse contendat aut eum, cuius nomine tenet. Doch kann er diese Grenzbestimmung natürlich nicht aufrecht halten, da er schon dem Usufructuar Besitz abzusprechen sich genöthigt sieht[4]). Ein gleich wenig klares Gepräge hat die Ansicht des **Corasius** († 1572). Derselbe definirt possessio als apprehensae rei corporalis usus verus vel imaginarius cum affectione tenendi. Er läßt den Sequester besitzen, si constat dimittendae possessionis causa rem depositam fuisse, meint aber, daß der Precarist, den er dem Colonen, dem Commodatar und dem Depositar gleichstellt, ebenso wie der Usufructuar ohne Besitz sei[5]).

---

[1]) Comment. in l. 1 pr. § 1 de poss., in l. 3 § 5 de poss. Nro. 16. 22. seq. 33.
[2]) Comment. lib. 3 cap. 8 Nro. 3, cap. 10. Nro. 2. 3. 8.
[3]) Comment. lib. 5 cap. 6, Hanauer Ausg. S. 183 ff.
[4]) Disput. lib. 1 cap. 18; comment. ad tit. de poss. cap. 1.
[5]) Comment. in rubr. de adq. poss., miscell. iur civ. lib. II. cap. 2. Nro. 14.

Auf anderem Boden stehen Cujacius († 1590) und Hotomanus († 1590). Nach dem ersteren sind Besitzer der dominus, derjenige, welcher die opinio domini hat (vom Emphyteuten heißt es: habetur pro domino) der Precarist, qui precario rogavit, ut sibi possidere liceat, der Pfandgläubiger, quia a debitore possessio dimissa et in eum translata est, und der Sequester, der letztere ebenfalls auf Grund einer Uebertragung des Besitzes, sei es, daß die Sequestration unter Uebereinstimmung der streitenden Parteien, sei es, daß sie auf Grund richterlicher Anordnung stattfindet. Unter der opinio domini wird dasselbe verstanden, was Zasius unter der cogitatio domini versteht. Vom Usufructuar, vom Miether, vom Depositar, vom Commodatar heißt es, daß sie in possessione seien, aber keine possessio haben. Von denjenigen, welche nur in possessione sind, ist der Usufructuar der einzige, welchem die possessorischen Rechtsmittel gegeben werden. Hotomanus stellt neben die possessio mit dem animus domini die p. nuda, die er dem Conductor, dem Commodatar, dem Depositar und dem Usufructuar eben so beilegt, wie dem Pfandgläubiger, dem Precaristen, dem Emphyteuten und dem Sequester.[1])

Einige Franzosen, wie Conanus, Donellus, Cujacius, Hotomanus haben die Traditionen der älteren Italiener so weit verlassen, daß sie einen Anspruch des Colonen, des Commodatars, des Depositars u. s. w. auf das officium iudicis nicht kennen. Andere, wie Corasius, der die italienische Lehre von den possessorischen Rechtsmitteln vollständig reproducirt, geben den Detentoren die fragliche Rechtshilfe.

Die Deutschen übernahmen im sechzehnten Jahrhundert die Erbschaft der Italiener, richteten sich in dem von diesen aufgeführten Bau ein und führten ihn fort. Gegen die kritischen Bestrebungen der Franzosen verhielten sie sich anfänglich abwehrend. Die Auffassung des Zasius, der älter ist, als die Franzosen, ist bereits besprochen. Geyl († 1587) sagt vom Pfandgläubiger, er sei nicht possessor, habe aber die possessio, und vom Usufructuar: veritate inspecta possidet, sed quoad iuris interpretationem non intelligitur possidere. Schneidewin († 1568) läßt neben dem possessor mit dem animus domini noch den Vasallen, den Emphyteuten, den Usu-

[1]) Cujac. obs. lib. 9 cap. 33 lib. 18 cap. 24; comment. ad cod. c. 12 de fund. patr. — Hotom. obs. 9 cap. 1.

fructuar, den Superficiar, den conductor ad longum tempus, den Precaristen und den Pfandgläubiger als Besitzer gelten[1]). Frider († 1616) nennt es eine frigida vel ieiuna subtilitas, zu sagen, daß der Usufructuar nicht Besitzer der Sache, sondern des ius utendi sei[2]). Von Manchen wird der animus possidendi als animus sibi habendi aufgefaßt, so von Giphanius († 1604), welcher possessio als ius habendae rei corporalis sibi non alteri definirt und gegen Theophilus und die Franzosen, welche denselben herbeigeholt haben, geltend macht, daß die ψυχὴ δεσπόζοντος auf den Sequester, Creditor, Emphyteuten, Vasallen, Precaristen, die doch alle Besitzer seien, nicht passe, von Georg Adam Struvius († 1692), welcher neben dem, der den animus domini hat, noch den Pfandgläubiger vermöge einer translatio possessionis, den Emphyteuten, den Superficiar, den Sequester und den Precaristen als Besitzer gelten läßt, aber freilich keine Erklärung dafür hat, warum der Usufructuar nicht auch besitze, von Böhmer († 1749), der den animus sibi habendi mit dem animus domini identificirt, der aber doch dem Pfandbesitzer wahren Besitz zuschreibt, ohne zu erklären, wie der animus domini auf denselben passen soll[3]). Bei Anderen, wie bei Bachov († 1635), wird der Begriff der possessio nur noch durch den animus tenendi bestimmt. Jeder Detentor hat possessio. Die possessio kann eine nuda detentio sein, wie die des Depositars, eine non plane nuda, wie die der beschenkten Ehefrau. Sie kann mehr oder weniger effectus iuris civilis haben und auf mehr oder weniger juristische Bestimmungen gestellt sein[4]). Noch Andere fassen den animus possidendi als affectio domini auf, wie Rennemann († 1646), der Conanus auch darin folgt, daß er eine possessio precaria nicht anerkennt[5]).

Daß jeder Detentor Anspruch auf Schutz seiner Detention habe, wird allgemein angenommen. Werden ihm andere Rechtsmittel versagt, so läßt man ihn wenigstens durch das officium iudicis geschützt werden. Eine Ausnahme macht Giphanius. Derselbe will

---

[1]) Geyl de pignor. obs. 6. Nro. 6. 9. Schneidewin comment. in institut. de interd. § 5 Nro 51. seq.

[2]) Comment. de interd. XVI. Nro. 24.

[3]) Giphan. explan. in instit. zu § 5 de interd; Struv. exercit. 42 Nro. 3. 5. 6. 7; Boehmer exercit. 90. cap. 2. § 5.

[4]) Ad Treutl. disput. vol. II. disp. 21. th. 1. F.

[5]) Possessio precaria est omnino nulla, disput. VI. thes. 1. 19.

vom officium iudicis nichts wissen; aber Schutz will er den Detentoren doch gewähren. Er verweist sie auf die condictio ob iniustam causam oder die condictio sine causa [1]). Auch Frider will, wo die Interdicte versagt werden müssen, kein officium iudicis gelten lassen. Aber die bloßen Detentoren will er non ex mero soloque, quod aiunt, iudicis officio, sed ex iuris ipsius auctoritate durch die possessorischen Interdicte selbst geschützt wissen, si modo eorum interest [2]). Selbst Böhmer, der im übrigen einer der Vorgänger Savigny's in dem Bestreben ist, die gemeinrechtliche Theorie und Praxis von ihren nichtrömischen Bestandtheilen zu reinigen, gibt den Detentoren das Possessorium summariissimum [3]). Es fand also nur ein Schwanken statt betreffs der Wahl der Rechtsmittel, die man den Detentoren, um sich in der Detention zu erhalten, zu geben hätte. Durch die Verallgemeinerung des Besitzschutzes wurde eine Verallgemeinerung des Besitzbegriffs selbst angebahnt. So weit man die Interdicte gab, erkannte man auch Besitz an. Dadurch wurde es möglich, daß Nettelbladt in allen Fällen Besitz annehmen konnte, si detinens rem corporalem eam cum animo sibi habendi, i. e. iuris cuiusdam, quod versatur circa illam rem, et sibi competere asserit, exercendi causa detinet [4]). Der animus rem sibi habendi ist hier ein praktisch verwerthbarer Begriff, während er da, wo unter Aufrechthaltung der römischrechtlichen Grenzen des Besitzes der animus possidendi als animus rem sibi habendi bestimmt wird, unhaltbar ist. Noch weiter als Nettelbladt ging Leyser, welcher mit dem Argumente, daß auch der Detentor den animus sibi habendi habe, zur Aufstellung der These gelangte: nudus detentor etiam possidet atque remedia possessoria habet. [5])

In der ganzen Entwickelung ist eine doppelte Strömung zu erkennen. Die Wissenschaft wird von der Idee getragen, den animus possidendi nach einem einheitlichen Rechtsgedanken zu bestimmen. Die eine Strömung führt dahin, den Besitz aller derjenigen Personen, welche die affectio domini nicht haben, abzuwerfen, die andere dahin, den Besitzbegriff zu verbreitern, so daß neben den

---

[1]) Explan. in libr. VIII. cod. prolegom. de rem. poss.

[2]) Comment. de interd. V. Nro. 53 seq. XVI. Nro. 42 seq.

[3]) Exercit. ad pand. 90 cap. 3 § 8.

[4]) System. element. iurispr. § 508.

[5]) Medit. ad pand. sp. 451 Nro. 1—4.

Besitzern ohne die affectio domini auch die Detentoren unter ihn gehören. Diese letztere Strömung hat in Leyser das letzte Ziel, zu dem sie überhaupt kommen kann, erreicht.

Die neueren Gesetzgebungen sind zum Theil der einen, zum Theil der anderen Strömung nachgegangen. Dagegen ist in Theorie und Praxis des gemeinen Rechts durch den Einfluß Savigny's der Besitz in die römischrechtlichen Grenzen zurückgeführt worden. Der Rückfall in die Lehre Leyser's, welcher sich in der 1841 erschienenen Schrift Höpfners: „Die Besitzrechtsmittel und Besitzprocesse des heutigen gemeinen und des königlich sächsischen Rechts" zeigt, hat wohl nur Verwunderung erregt. Höpfner gibt darin auch vom Standpunkt des gemeinen Rechts allen Detentoren bis zum Gastwirth, Schiffer, Boten und Frachtfuhrmann herab Anspruch auf Schutz „in dem auf den Grund des ius possidendi erlangten Besitze" durch die possessorischen Rechtsmittel.[1]) Häufiger findet sich in der nachsavignyschen Zeit noch die Auffassung, daß zwar nicht das i. uti possidetis, aber doch das i. unde vi einem jeden Detentor gegeben werden müsse. Thibaut, der aus der älteren Zeit in die neuere hineinragt, hat sie in diese hineingetragen. Ihm sind Geiger und Pfeifer gefolgt. Auch Sintenis hat sich von der älteren Ansicht nicht frei gemacht.[2]) Thibaut weist namentlich auf das praktische Bedürfniß hin. Er führt aus, daß ohne das Interdict eine Dejection des Detentors bei dem Verbote der Privatgewalt irreparabel, und die Lage des Dejicirten, wenn der dominus nicht zur Hand oder zu träge wäre, sich seiner anzunehmen, trostlos sein würde. Er suchte und fand in manchen Stellen der Rechtsbücher scheinbare Stützen, an die er sich anklammerte, um eine quellenmäßige Grundlage dafür zu gewinnen, daß wenigstens das thatsächliche Verhältniß jener Detentoren zur Sache insofern auf sich selbst gestellt wurde, als bei gewaltsamer Aufhebung desselben ihnen die Möglichkeit gegeben sein sollte, seine Wiederherstellung zu fordern. Aber die augenfällige Unhaltbarkeit jener Stützen ist so oft bewiesen worden, daß eine nochmalige Erörterung der Frage nicht wohl angezeigt erscheint.[3])

---

[1]) S. 44 ff.

[2]) Thibaut A. f. civ. Pr. Bd. 18 XIII. S. 355 bis 364; Geiger Linde's Zeitschr. Bd. 13 X. S. 252; Pfeifer in der Schrift: Was ist und gilt im röm. Recht der Besitz S. 55 bis 62; Sintenis Civilrecht § 42 Anm. 24.

[3]) Thibaut argumentirt mit den in die l. 1 pr. de vi et de vi aufgenom-

In der Praxis einzelner gemeinrechtlicher höchster Gerichtshöfe ist die Spolienklage bei der Möglichkeit ihrer durch das römische Recht nicht eingeengten, wesentlich auf der Praxis beruhenden Handhabung noch gegenwärtig das Mittel, um dem vermeintlichen Bedürfniß in Ansehung des den Detentoren zu gewährenden Schutzes abzuhelfen. So gibt das Obergericht Wolfenbüttel Inhalts des von ihm als Cassationshof gesprochenen Urtheils vom 25. November 1859 auf Grund einer „ziemlich allgemeinen" und auch in den braunschweigischen Gerichten zur Geltung gelangten Praxis die Spolienklage dem Detentor, wenn die Fortsetzung der Detention im eigenen rechtlichen Interesse des Detentors liegt. Dem bloßen Procurator wird sie daher zwar versagt, aber dem Pächter, und zwar diesem selbst gegen den Verpächter, gegeben. Die O. A. Gerichte Celle und Rostock versagen sie dem Pächter.[1])

---

menen Edictsworten, insbesondere dem deiecisti im Gegensatze zu dem possidetis-possideatis bei dem i. uti poss. und mit der l. 9 de rei vind., in welcher Stelle der Jurist bei Entscheidung der Frage, ob die rei vindicatio gegen den Detentor oder nur gegen den Besitzer, dem das i. uti poss. zustehe, gegeben sei, vom i. unde vi schweige. Das Argument, daß, wenn der Pächter das i. unde vi ohnehin schon hätte, dasselbe ihm nicht in der c. 1 si per vim als Vertreter des Verpächters gegeben worden wäre, sucht er damit zu beseitigen, daß durch das letztere Gesetz der Pächter ermächtigt worden sei, auch in Ansehung des Grundbesitzes, den er nicht als Pächter detinire, für seinen Verpächter aufzutreten. In der l. 1 §§ 9. 10 de vi et de vi aber findet er ausgesprochen, daß der Ehemann das i. de vi habe, wenn die Ehefrau dejicirt sei, daß es ihm aber versagt werde, wenn die Dejection den Pächter der Frau betroffen habe. — Geiger widerspricht Thibaut in der Auffassung der letztgedachten Stelle, die er dahin versteht, daß dem Pächter das i. unde vi versagt werde. Er findet aber zwischen dieser Stelle, deren Schlußsatz er als einen Krebsschaden bezeichnet, und der l. 1 §§ 4. 6 sowie den l. 12. 20 de vi et de vi einen Widerstreit der Quellen, bei dem er sich dahin entscheidet, daß der Pächter das Interdict habe, weil dies dem Geiste des Digestentitels de vi et de vi entspreche. — Pfeifer gründet sich darauf, daß das Interdict in der l. 1 § 9 de vi et de vi dem possessor naturalis; also dem Detentor, gegeben sei, daß die l. 1 § 24 keinen Unterschied mache, ob der Dejectus corpore oder animo besessen habe, daß nach l. 1 §§ 32. 33 die Restitutionspflicht des Dejicienten die beweglichen Sachen, deren Detentor der Dejectus gewesen, umfassen, und daß auch die l. 12 dem Pächter das Interdict gebe. Die l. 1 § 23, worin possessio des Dejicirten gefordert wird, erklärt er damit, daß possessio naturalis gemeint sei. In der Auslegung der l. 1 § 10 stimmt er mit Thibaut überein.

[1]) Wolfenbüttel S. A. Bd. 24 Nro. 212; Celle S. A. Bd. 1 Nro. 224; Rostock S. A. Bd. 22 Nro. 147.

§ 22. Fortsetzung: die neueren Codificationen.

a) Das preußische Landrecht.

Die Redactoren des Landrechts sind in die Fußtapfen Nettelbladt's und Leyser's getreten.

Der preußische Sachbesitz ist die in dem vollen realen Machtverhältnisse der Person zur Sache zu Tage tretende Ausübung des Stoffes eines der Person unmittelbar auf die Sache zustehenden Rechtes. Ist dies Recht Eigenthum, so heißt der Besitz nach der Terminologie des preußischen Rechts ein vollständiger. Ist der Wille der Person darauf gerichtet, den Stoff eines Rechts an einer fremden Sache auszuüben, so heißt der Besitz unvollstäudig.

Diese Bestimmungen enthält das A. L. R. in den §§ 3. 6. 7 I. 7: Wer eine Sache in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, unmittelbar oder durch Andere in seine Gewahrsam nimmt, wird Besitzer der Sache. Wer eine Sache — zwar als fremdes Eigenthum, aber doch in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, in seine Gewahrsam übernommen hat, heißt ein unvollständiger Besitzer. Vollständiger Besitzer heißt der, welcher eine Sache — als sein eigen besitzt.

Mit dem Ausdruck „für sich selbst" ist die Absicht der Ausübung eines Rechtes auf die Sache gemeint. Es muß hier auf die Verschiedenheit des preußischen Sachenrechts von dem römischen hingewiesen werden. Das römische kennt nur eine begrenzte Anzahl von Rechtsinstituten mit bestimmtem Inhalte. Nach preußischem Sachenrechte wird jedes persönliche Recht dinglich, wenn sich die Person mit der Sache, auf die ihr das persönliche Recht eine Einwirkung gestattet, in eine solche Verbindung setzt, daß dadurch ein für Jedermann ersichtliches Abhängigkeitsverhältniß der Sache zur Person hergestellt wird.

Der Schutz der vollen realen Macht der Person über die Sache wird aber nicht auf den Besitz, wie er definirt worden, eingeschränkt. Auch demjenigen, der eine Sache ohne den Willen, den Stoff eines dinglichen Rechts auszuüben, in seiner Gewahrsam hat, wird das für den Besitzschutz bestimmte Rechtsmittel zum Schutze seiner Gewahrsam gegeben.[1])

Das preußische Recht kennt also dreierlei Willensrichtungen der

---

[1]) A. L. R. I. 7 §§ 162 ff.

Person auf die Sache, welche, wenn sie mit der vollen realen Macht der Person über die Sache verbunden sind, rechtliche Folgen haben: I. den vollständigen Besitz, welcher der römischen possessio mit dem animus domini entspricht, II. den unvollständigen Besitz, welcher folgende Verhältnisse des römischen Rechts umfaßt: 1. den Besitz des Pfandgläubigers, 2. die iuris quasi possessio dessen, der den Rechtsstoff einer mit der Detention der Sache verbundenen Personal-Servitut für sich in Anspruch nimmt, 3. die Detention desjenigen, dem ein persönliches Recht zum Gebrauch oder zur Nutzung einer fremden Sache eingeräumt ist, und III. die Gewahrsam dessen, der ein dingliches Recht auf die Sache oder den Rechtsstoff eines solchen nicht anspricht, wohin der römische Sachbesitz des Precaristen und der des Sequesters, so wie die bloße Detention mit Ausschließung der Fälle, welche das preußische Recht zum unvollständigen Besitz rechnet, gehören.

Neben dem unvollständigen Besitzer hat der vollständige den Anspruch auf Schutz seines Machtverhältnisses, das für ihn durch den Willen des ersteren vermittelt wird, gegen Dritte, ebenso wie dieser Schutz nicht blos dem Detentor, der für einen Anderen detinirt, sondern auch dem Besitzer, für den jener die Detention ausübt, gegeben ist. Unter sich haben der vollständige Besitzer, der unvollständige und der bloße Inhaber nur einen beschränkten Anspruch auf Schutz ihrer Machtverhältnisse. Die ersteren beiden haben unter sich keine Besitzklage, wenn der Streit zwischen ihnen den Umfang der in dem dinglichen Rechte des unvollständigen Besitzers liegenden Befugnisse betrifft. So kann der Pächter seinen Besitz nicht mit der Besitzklage gegen vermeintliche Eingriffe des Verpächters, zu denen der letztere sich vertragsmäßig für berechtigt hält, vertheidigen, ebenso wie der Verpächter als vollständiger Besitzer nicht vermeintliche Uebergriffe des Pächters über die ihm eingeräumten Rechte mit der Besitzklage zurückweisen kann.[1]) Der bloße Inhaber aber hat gegen den, in dessen Namen er detinirt, die Besitzklage nur dann, wenn ihm ein Retentionsrecht zusteht. Der Erwerb eines solchen macht wegen des im allg. Landrecht dem Retentionsrecht beigelegten dinglichen Charakters die bis dahin vorhanden gewesene bloße Gewahrsam

[1]) Diese Rechtsauffassung liegt dem Präj. 503 des Ob.-Trib. (Präj. Samml. S. 252) zum Grunde. Der Rechtsfall ist im J. M. Bl. 1854 S. 101 I. 3 ausführlicher vorgetragen.

zum unvollständigen Besitz. Hat der bloße Inhaber kein Retentionsrecht erworben, so kann ihn der, in dessen Namen er detinirt, eigenmächtig der Gewahrsam entsetzen.[1])

Ueber die Entstehung der in Frage stehenden landrechtlichen Sätze ergeben die Materialien[2]) Folgendes:

Die Dreitheilung der auf gerichtlichen Schutz Anspruch gebenden Herrschaft der Person über die Sache findet sich, jedoch ohne die landrechtliche Terminologie schon in dem ersten Entwurf des Besitzrechts, den sogen. Klein'schen Materialien: der Besitz ist voller oder bürgerlicher Besitz, wenn der Besitzer mit der Absicht, die Sache als sein Eigenthum zu haben, besitzt, natürlicher Besitz, wenn der Besitzer die Sache nicht als sein Eigenthum besitzt. Ein bloßer Inhaber ist, wer die Sache nicht für sich, sondern für Andere in Besitz genommen hat. Jeder Inhaber hat Anspruch auf Schutz seiner Herrschaft. Auch dem bloßen Inhaber hat der Richter gegen eigenmächtige Eingriffe Hilfe zu leisten. Ebenso ist dem Inhaber eine Klage auf Wiedererlangung der verlorenen Gewahrsam gegeben. Dieselbe Auffassung ist in der zweiten Ausarbeitung der Lehre vom Besitz, dem sogen. Kircheisen'schen Entwurf, enthalten. In der Revision des Kircheisen'schen Entwurfs gibt dagegen Suarez als Kriterium des bürgerlichen Besitzes den animus rem sibi habendi, die Absicht, über die Sache für sich zu verfügen, an. Er argumentirt, der possessor naturalis des römischen Rechts sei nichts als Detentor, der Usufructuar sei unstreitig possessor civilis, und es genüge, wenn das Gesetzbuch den Besitzer und den Inhaber unterscheide. In dem darauf ausgearbeiteten sogen. ersten Entwurf zeigt sich zuerst die landrechtliche Terminologie. Gegen dieselbe kämpft Suarez mit folgenden, von seiner früheren Auffassung abweichenden Argumenten: Wer animo domini besitze, sei possessor civilis im Sinne des römischen Rechts, wer den animus domini nicht habe, sei possessor naturalis; bloßer Inhaber sei, wer nicht wisse, daß er die Sache habe, und wer die Sache nur für einen Anderen besitze. Die Ausdrücke „Civil- und Naturalbesitz" will Suarez an Stelle der neuen Terminologie treten lassen. Der sogen. gedruckte Entwurf

[1]) A. L. R. I. 7 §§ 162 ff. I. 20. §§ 536 ff.

[2]) Simon u. v. Strampff Materialien des A.L.R. zu den Lehren von Gewahrsam und Besitz S. 11. 15. 16. 33 ff. 49. 59. 89 ff. 116 ff. 157 ff. 202 ff. 279 ff.

hat die neue Terminologie jedoch beibehalten, und nachmals ist Suarez selbst für dieselbe anderen Monenten gegenüber aufgetreten.

§ 23. b. Die anderen Gesetzbücher.

Der code civil und das österreichische bürgerliche Gesetzbuch kennen keinen anderen Sachbesitz als den mit dem animus domini. So weit ein anderes volles reales Machtverhältniß der Person zur Sache Anspruch auf possessorischen Schutz hat, wird dasselbe unter die Kategorie des Rechtsbesitzes gebracht [1]).

Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen nennt den, der eine Sache thatsächlich in seiner Macht hat, Besitzer, wenn er den Willen hat, an der Sache für sich Eigenthum auszuüben. Neben dem Besitzer gibt es die Besitzklage aber auch dem, welcher eine Sache zur Benutzung oder zum Zwecke seiner Sicherung inne hat, ohne einen solchen Inhaber jedoch Besitzer zu nennen, und zur Anstellung der Klage wegen Besitzentziehung erachtet es jeden für legitimirt, der aus seiner Inhabung mit Gewalt oder durch eine andere an sich widerrechtliche Handlung verdrängt worden ist [2]). Man hat also zwar den Begriff des Besitzes einheitlich bestimmt, aber die Rechtsmittel des Besitzes über den Begriff desselben hinaus zur Geltung kommen lassen. Die Motive besagen, man habe sich dazu, die Besitzklage auch dem, der eine Sache zur Benutzung inne habe, zu geben, durch die Ueberzeugung von dem praktischen Bedürfnisse und durch die Erwägung bestimmen lassen, daß damit blos ein Schritt gethan werde, zu welchem eine consequente Fortbildung der Besitzlehre führe. Demjenigen aber, der eine Sache zum Zwecke seiner Sicherung inne habe, sei die Besitzklage gegeben worden, weil dem Faustpfandgläubiger eine Klage aus dem Rechtsverhältnisse selbst, um sich in den Besitz des Pfandes zu setzen, nicht zustehe, das Faustpfand vielmehr im Gesetzbuche nur als ein qualificirtes Retentionsrecht betrachtet werde. Die Besitzklage ist in den angegebenen Fällen dem Inhaber neben dem eigentlichen Besitzer gegeben.

---

[1]) C. c. Art. 2228. C. de pr. Art. 23—27. Zachariä fr. Civilrecht, 5. Auflage, Bd. 1 S. 441. 448 ff. 458. — Oesterr. bürgerl. Gesetzb. § 309. Randa Besitz nach österr. Rechte S. 6 ff.

[2]) §§. 186. 205—209.

§. 24. Possessio civilis und possessio naturalis bei den Italienern.

Der bei den Glossatoren hervortretende und bei den Späteren weiter ausgebildete Gegensatz zwischen p. naturalis und p. civilis hat seinen Ausgangspunkt von dem Raumverhältnisse des Menschen zur Sache genommen, in welchem die Sache sich äußerlich als dem Menschen unterworfen darstellt. Dies Raumverhältniß gilt als die eigentliche possessio, als der eigentliche natürliche Besitz, nach Placentinus als propria et vera possessio, während der Besitz, den das Recht als solchen anerkennt, wenn er mit jenem Raumverhältniß nicht verbunden ist, als ein artificio et figmento iuris construirtes Gebilde bezeichnet wird. Jener propria et vera possessio aber sieht sich Placentinus demnächst genöthigt, die Qualification des Besitzes abzusprechen, wenn sie nichts ist, als ein bloßes Raumverhältniß. Man kann also nach ihm civiliter et naturaliter oder auch nur civiliter, aber niemals blos naturaliter besitzen. Civiliter et naturaliter besitzt derjenige, der selbst oder durch einen Anderen sich in dem fraglichen Raumverhältnisse befindet, blos civiliter besitzt der ad nundinas profectus, der Niemanden zurückgelassen hat [1]).

Während sich Placentinus mit Recht dagegen verwahrt, daß nach seiner Auffassung die p. civilis und die p. naturalis zwei verschiedene Arten der p. seien, treten bei Azo p. civilis und p. naturalis in der That als zwei verschiedene Arten der p. hervor. Dies beruht darauf, daß nach Azo auch der besitzt, dessen Detention die Ausübung eines dinglichen Rechts ist, und daß neben diesem Besitzer der dominus seinen Besitz behält. Der letztere hat p. civilis, der erstere p. naturalis. Befindet sich dagegen der dominus selbst in dem durch das corpus vermittelten Raumverhältniß zur Sache, oder detinirt Namens seiner ein Miether, Commodatar, Depositar oder ein dergl. Nichtbesitzer, so hat der dominus possessio naturalis. Entfernt er sich von der Sache, ohne einen Vertreter zurückzulassen, so weit, daß er sie nicht mehr sieht, so retinirt er seine p. naturalis. Von dieser retinirten p. sagt Azo: Illam tamen naturalem, quam retineo animo, firmiter dico posse dici (et vere dicitur) civilis, quia iuris civilis auctoritate retinetur — und an einer anderen Stelle: civiliter autem dicitur possidere quis, cum nec est in re

---

[1]) Summa in cod. de poss.

nec res est in conspectu [1]). Der Gedanke Azo's ist also der, daß der dominus, wenn er sich weder in Person noch durch einen Vertreter in dem fraglichen Raumverhältnisse zur Sache befindet, wenn er also seine possessio nur animo retiniren kann, possessor civilis ist. Wer in der Abwesenheit des dominus die possessio occupirt, wird damit possessor naturalis. Die p. civilis behält der dominus bis zum repelli oder suspicari se posse repelli. Außer dem dominus können auch der Usufructuar und die anderen dinglich Berechtigten, wenn sie sich von der Sache entfernen, ihre possessio animo retiniren. Aber die von ihnen retinirte possessio ist keine p. civilis, sondern eine p. naturalis. Nur der, welcher als dominus, als Pfandgläubiger, als Precarist besitzt, kann p. civilis haben, der Precarist, wenn ihm ausdrücklich p. civilis eingeräumt ist. Der Pfandschuldner hat überhaupt keinen Besitz.

Mit dieser Auffassung, nach welcher die p. in der Weise auseinander gehen kann, daß der Eine possessor civilis und ein Anderer gleichzeitig possessor naturalis derselben Sache ist, scheint sich das Festhalten der Einheitlichkeit des Besitzes nicht zu vertragen. Dennoch sagt Azo: [2]) noc dico, quod duae sunt possessiones — imo est una inducta iure gentium et approbata iure civili.

Andere Glossatoren haben diese Scheidung klar ausgesprochen. In der accursischen Glosse wird die Meinung Bassians, nach der es duae possessiones gibt, für die bessere erklärt.[3])

Bei den Nachfolgern der Glossatoren wird der Streit, ob es einen Besitz mit zwei verschiedenen Arten zu besitzen oder einen doppelten Besitz gibt, fortgeführt. Der Streit stellt sich indeß nur als ein Wortstreit dar. In Wahrheit beruht die ganze weitere Rechtsentwickelung auf der Scheidung zwischen p. civilis und p. naturalis. Bartolus nimmt daneben sogar noch einen dritten Besitz, die p. corporalis an. Darunter versteht er die p. des Ingredienten, d. h. dessen, der sich in der Abwesenheit des Besitzers der Sache

---

[1]) Summa in cod. de poss. Nro. 5. 14. 16. 18. 19.

[2]) l. c. Nro. 5.

[3]) Gl. quia naturaliter und gl. ait zu l. 1 pr. de poss. Die verschiedenen Meinungen der Glossatoren sind in der Gl. quia naturaliter und noch vollständiger im § 17 der codicis chisiani collectio (Haenel dissens. dominorum S. 135) mitgetheilt. Einfluß auf die weitere Rechtsentwickelung haben nur die Ansichten von Bassianus und Azo gehabt.

bemächtigt hat.[1]) Von seinen Zeitgenossen und den nächsten Nachfolgern wird die Annahme dieses dritten Besitzes reprobirt, weil die p. corporalis nur eine Unterart der p. naturalis sei. Erst bei Cujacius und Hotomanus taucht die p. corporalis als besonderer Besitz neben der p. naturalis wieder auf.[2])

Eine wesentliche Abweichung der Theorie des Accursius und der Postglossatoren vom römischen Rechte zeigt sich in der Frage, wann der Verlust des Besitzes für den Abwesenden eintritt. Während nach römischem Rechte der Besitzer, der nach erlangter Kenntniß von der durch einen Anderen erfolgten Ingression nicht sofort den Versuch macht, sich der Sache wieder zu bemächtigen, als suspicatus se posse repelli den Besitz verliert, ist er nach der neuen Theorie vor die fragliche Alternative nicht gestellt. Er retinirt vielmehr, so lange er sich nicht zurückweisen und auch ein suspicari se posse repelli nicht in die Erscheinung treten läßt, seine possessio civilis. Die Ingression gilt als eine Störung dieser possessio. Die Folge davon ist, daß der Besitzer gegen den Ingredienten das i. uti possidetis hat.[3]) Der Besitzer ist also angewiesen, seine Furcht vor dem repelli nicht auszusprechen, damit er seinen Besitz behält. Ein bloßes Mißverständniß kann in dieser Auffassung nicht gefunden werden. Es ist ein anderer Rechtsgedanke, der sich auf einem Schleichwege

[1]) Comment in l. 1 pr. de poss. Nro. 7.

[2]) Vgl. unten § 27 a. E.

[3]) Gl. ultro zu l. 1 § 6 uti poss.: Sed quid dicemus hoc casu? ecce dum ego essem absens et animo retinerem possessionem, alius intravit, ut possideret clam non a me sed ab alio. rediens ego non suspicor me posse expelli, nec tamen volo violenter eum expellere, eo quod auctor nolo esse alicuius mali, quod inde evenire posset. quomodo consuletur mihi? Rei vindicationem intentare non possum, cum civiliter possideamus. Interdictum istud intentare non expedit, cum possessor non possidet a me vi vel clam vel precario. — Die Schwierigkeit des Falles besteht für Accursius darin, daß der Ingredient den Besitz clam ab alio occupirt hat. Hätte er den Besitz dem gegenüber, um dessen Klagerecht es sich handelt, clam ergriffen, so würde das i. uti poss. gegeben werden. Cf. gl. non clam zu l. 6 § 1 de poss. und gl. si id quod zu l. 25 de poss. Bartolus beseitigt die Schwierigkeit, welche Accursius in dem obigen Falle gefunden hat, mit dem Satze, daß, wer clam ab alio die Sache occupirt habe, auch immer clam a possessore civili besitze (comment ad. l. 1 § 6 uti poss. Nro. 4; l. 1 § 9 Nro. 18.)

mittelst Zwanges, der dem suspicari se posse repelli geschieht, Eintritt verschafft.

Ihering hat die Bemerkung gemacht, daß in der Kindheitsperiode des Rechtes der Proceß dem materiellen Recht gegenüber insofern präponderire, als es allen denjenigen Partieen desselben, die nach der Proceßseite liegen, einen processualischen Zuschnitt verleihe.[1]) Dieser Satz erweist sich hier als richtig. Der neue Rechtsgedanke wird als Gedanke des materiellen Rechts nicht ausgesprochen. Er macht sich im Proceß geltend und gewinnt hier alsbald weitere Ausdehnung.

Er findet dieselbe schon bei Bartolus in folgenden Sätzen: Wer mit dem i. uti possidetis siegen will, muß Besitz zur Zeit der Turbation gehabt haben und zur Zeit der Litiscontestation noch Besitzer sein. Possessio naturalis ist nicht erforderlich, p. civilis, also der animo retinirte Besitz, genügt. Der Kläger braucht in der Klage nicht anzugeben, ob er sich auf p. civilis oder auf p. naturalis gründe. Der Beklagte aber hat das Recht, mittelst verzögerlicher Einrede vom Kläger eine Erklärung zu fordern, ob er p. civilis oder p. naturalis behaupte. Steht der Behauptung des Klägers, daß er possessor civilis sei, die p. naturalis des Beklagten gegenüber, so muß der Kläger die clandestinitas dieser p. naturalis beweisen. Um diesen Beweis zu führen, genügt es, wenn er darthut, daß er früher, als der Beklagte, besessen oder daß er seinen Besitz von einem Auctor herleite, der früher als der Beklagte Besitz gehabt habe. Der Angelpunkt dieser Auffassung ist der Satz, daß der ältere Besitz als solcher dem jüngeren als solchen vorgeht. Eingeführt wird der Satz auf einem zweiten Schleichwege, nämlich mittelst der Vermuthung, daß der jüngere Besitz eine p. clandestina sei.[2]) Diese Vermuthung wird von jetzt ab ein integrirender Bestandtheil der Rechtsentwickelung.

Bartolus erwähnt bei Aufstellung der gedachten Sätze den vom Papst Innocenz III. im c. licet de probat.[3]) entschiedenen Fall: Eine Kirche hatte gegen eine Gemeinde das i. uti possidetis angestellt wegen Störung im Besitze der Jurisdiction über einen bestimmten

---

[1]) Geist des röm. Rechts III. Th. Abth. 1. (2 Aufl.) S. 18.

[2]) Comment in l. 1 § 6 uti poss. Nro. 6; l. 1 § 9 ib. Nro. 9. 13—18; l. 3 pr. ib. Nro. 3. 4.

[3]) c. 9 X de prob. (2, 19).

Bezirk. Der Besitz war streitig. Beide Theile wiesen Besitzhandlungen nach, die Klägerin solche seit 60, die Beklagte seit 50 Jahren. Die Klägerin hatte ihren Beweis durch mehr Zeugen als die Beklagte erbracht. Auch waren die Aussagen der Zeugen der Kirche relevanter. Daneben hatte die Klägerin einen iustus titulus ihres Besitzes dargethan, die Beklagte nicht. Nun war es eine in der damaligen und auch in der späteren Zeit viel besprochene Streitfrage, was der Richter thun sollte, wenn der von beiden Theilen geführte Beweis des Besitzes gleichen Werth hatte und es an jedem Anhalt dafür fehlte, den Besitz der einen Partei dem der anderen vorzuziehen.[1]) Manche vertheidigten die Meinung, daß in dem gedachten Falle eine Entscheidung des Streites über den Besitz nicht abzugeben, der Richter vielmehr mit dem uti possidetis ita possideatis die Parteien zu entlassen hätte. Innocenz nahm an, daß der fragliche Fall nicht vorläge. Er entschied zu Gunsten der Kirche, quum probationes ecclesiae longe sint potiores et ideo sit in interdicto superior.

Es ist nicht zweifelhaft, daß Bartolus in dieser Entscheidung eine Bestätigung seiner Ansicht von dem Vorzuge des älteren Besitzes gefunden hat. Delbrück nimmt ebenfalls an, daß der Entscheidung die in Rede stehende Auffassung zum Grunde liege. Er weist darauf hin, daß in der ganzen Stelle niemals vom gegenwärtigen Besitze die Rede sei, daß vielmehr alles Gewicht auf den Anfang und das Alter desselben gelegt werde, und daß auch von der Zeit und der Art der Besitzstörung, die eine Besitzklage hätte begründen können, kein Wort in der Stelle zu finden sei.[2]) Aber Delbrück sieht auf der einen Seite zuviel, auf der anderen zu wenig. Man ist berechtigt anzunehmen, daß in der Stelle das nicht ausgedrückt ist, worauf die Entscheidung nicht beruht, daß also vom gegenwärtigen Besitzer darum nicht die Rede ist, weil beide Theile bis in die jüngste Zeit Besitzhandlungen vorgenommen haben, mithin daraus weder auf den Besitz der Klägerin, noch auf den der Beklagten geschlossen werden

---

[1]) Menochi erwähnt acht verschiedene Meinungen über die Frage, wie es der Richter halten soll, cum omnia sunt paria (comm. de ret. poss. rem III. Nro. 739 seq.)

[2]) Dingliche Klage S. 119 f. Dagegen Maaßen, Jahrb. d. gem. deutschen Rechts Bd. 2 S. 457 ff., mit dem ich in der Hauptsache übereinstimme. Delbrück hat indeß seine frühere Ansicht aufrecht erhalten (Jahrb. für Dogm. Bd. 10. S. 152 ff.)

kann. Die Frage ist, ob nicht die Besitzhandlungen der einen Partei sich als eine Störung des Besitzes der andern darstellen. Um diese Frage zu entscheiden, wird auf die ältere Zeit zurückgegriffen. In dieser hat die Klägerin allein Besitzhandlungen vorgenommen. Daraus folgt, daß die Besitzhandlungen der Beklagten eine Störung des Besitzes der Klägerin sind. Diese Entscheidung ist so im römischen Sinne gedacht, daß sie auch Ulpian abgegeben haben könnte, wenn wir an Stelle der Jurisdiction eine zwischen zwei Latifundien belegene Weidefläche setzen, die im Laufe vieler Jahre bald von der einen, bald von der andern Partei immer unter Widerspruch und Störung durch die andere Partei genutzt worden ist, so daß für keine Partei aus den Besitzhandlungen der letzten Zeit ein klarer Besitzstand sich ergibt. Wird nun, um die Besitzfrage zum Austrage zu bringen, das i. uti possidetis angestellt, so steht nichts entgegen, der Zeit nach so weit zurückzugreifen, bis für die eine Partei ein klarer Besitzstand erhellt, der dann die Besitzhandlungen der Gegenpartei als Besitzstörungen erscheinen läßt.

Die Auffassung, welche Bartolus von der Stelle hat, erklärt sich durch seine eigene Rechtsanschauung und durch den Erfahrungssatz, das Jeder geneigt ist, den eigenen Gedanken in dem wieder zu finden, was ein Anderer, der als Auctorität gilt, vor uns gesagt hat. Delbrück ist durch seine Tendenz, der dinglichen Klage des deutschen Rechts überall nachzuspüren, bisweilen verleitet worden, falsche Spuren aufzusuchen. Die Auffassung des Bartolus ist übrigens lange unangefochten geblieben aus demselben Grunde, der in Bartolus selbst gewirkt hat.

Darüber, wie lange die p. civilis des Abwesenden dauert, wird gestritten. So lange der Besitzer von der durch einen Anderen erfolgten Ingression nichts erfahren hat, läßt man die p. civilis bald durch cursus longi temporis, ex quo oblivio inducitur, untergehen, bald fixirt man das longum tempus auf 10 oder 20 Jahre. Hat der Abwesende von der Ingression Kenntniß erhalten, so wird ihm ein modicum tempus gegeben, um die nöthigen Anstalten im Interesse der Erhaltung seiner p. civilis zu treffen, und man läßt ihn, wenn er säumig ist, seine possessio verlieren.[1])

---

[1]) Angelus Aretinus behandelt die Frage ausführlich im comment. zu § 7 de usuc. et longi temp. praescr.

Auch in der Auffassung des in der l. 3 § 9 de vi et de vi ausgesprochenen Satzes, nach welchem der Dejicirte, der den Dejicienten sofort wieder vertreibt, seinen Besitz behält, weichen Accursius und die Späteren vom römischen Recht ab. Während im römischen Recht ein ununterbrochener Kampf vorausgesetzt wird, gibt Accursius dem Dejicirten einige Tage Frist, um seine Vorbereitungen betreffs Wiedergewinns der Herrschaft zu treffen[1]), und Bartolus deutet den Gedanken des Accursius dahin aus, daß die Frist je nach den erforderlichen Vorbereitungen, die bei einem Privatmann kürzere Zeit in Anspruch nehmen werden, als bei einem Burgherrn, der sein festes Schloß wieder erobern will, bemessen und unter dem confestim der l. 3 § 9 de vi et de vi unter Umständen auch eine Zeit von länger als sechs Monaten verstanden werden soll[2]).

Mit der Theilung der possessio in p. civilis und p. naturalis steht die Behandlung der römischen Lehre von der p. plurium in solidum in nothwendiger Verbindung. Der Kernpunkt dieser Lehre ist im § 17 dahin bestimmt, daß davon die Frage abhängt, ob neben der possessio iniusta die p. iusta fortbestehe, und der ältere Besitzer, dem gegenüber der Andere vitiose besitze, gegen den letzteren das i. uti possidetis habe[3]).

---

[1]) Gl. continenti zu l. 3 § 9 de vi et de vi.

[2]) Comment. zu derselben Stelle.

[3]) Recht wunderlich sind die Bemühungen zum Zweck der Vereinigung der verschiedenen Arten des Besitzes mit dem Satze von der Unmöglichkeit einer possessio plurium in solidum. Vergl. gl. ex contrario zu l. 3 § 5 de poss. Das meiste leistet jedoch Bartolus (comment. zu l. 3 § 5 de poss. Nro. 9 seq.) Mehre Personen können nur dann dieselbe Sache ungetheilt besitzen, wenn ihr Besitz specie vel numero verschieden ist. Unmöglich ist eine p. civilis pl. i. s. Dagegen können mehre Personen die Sache naturaliter besitzen, so wenn der eine als Usufructuar, der andere als Usuar oder beide als Usuare die Sache haben wollen. Hier nimmt Bartolus einen numero verschiedenen Besitz an. Eine p. corporalis pl. i. s. hält er dann für unmöglich, wenn die wahren Ingredienten die Sache wie ihre eigene haben wollen, und in dem Falle für möglich, wenn von den Mehren der Eine Usufructuar, der Andere Usuar, oder wenn sie sämmtlich Usuare sein wollen. Daß dieselbe Sache gleichzeitig in der p. civilis des Einen, in der p. naturalis eines Anderen und in der p. corporalis eines Dritten sein kann, erklärt er damit, daß diese verschiedenen possessiones specie differiren. So hält er das als Summarium an die Spitze des Commentars zu l. 3 § 5 de poss. gestellte Axiom: „possessio eadem apud duos in solidum

Wie es nach Accursius und den Späteren gehalten werden soll, wenn ein possessor iniustus mit einem p. clandestinus zusammenkommt, ist bereits besprochen. Gegen den Precaristen, dem die p. naturalis concedirt ist, findet das Interdict statt, weil die Weigerung der Rückgabe eine Störung der p. civilis des Rogatus ist. Gegen den Precaristen, dem die p. civilis concedirt ist, hat der Rogatus das Interdict nicht, weil er nicht besitzt. Dagegen hat es der Precarist gegen den Rogatus [1]. Der Dejicirte hat das Interdict nicht; ebenso wenig der vom Ingredienten zurückgewiesene Besitzer und der suspicans se posse repelli, weil in diesen Fällen der Besitz verloren ist. Dem Zurückgewiesenen geben Accursius und nach ihm Bartolus eine etwas wunderliche Rechtshilfe dahin, daß er zuerst das i. unde vi zur Wiedererlangung der durch das repelli verlorenen p. civilis und sodann das i. uti possidetis wegen der in dem ingredi liegenden Störung der p. naturalis haben soll [2].

Neben dem possidere vi deiectiva spricht die Glosse von einem possidere vi turbativa oder inquietativa und versteht darunter die Ausübung von Besitzhandlungen, durch welche der bisherige Besitzer seines Besitzes nicht entsetzt, sondern, wenn gleich der Gegner ebenfalls Besitz anspricht, nur im Besitze gestört wird. Gegen denjenigen, der vi turbativa besitzt, findet das Interdict mit Erfolg statt [3].

Ueberall, wo solchergestalt die Voraussetzungen des Interdicts gegen den possessor clandestinus, precarius, violentus unmittelbar vorliegen, ist das Interdict wegen der Fortdauer der possessio civilis in der Person dessen, von dem der Andere vitiose besitzt,

---

esse non potest" für genügend gewahrt. Erläuternd bemerkt er, daß eine Sache unter Umständen fünf Besitzer haben könne, den dominus mit der p. civilis, den Emphyteuten mit p. naturalis, den Usufructuar und den Usuar, für die der Emphyteuta Ususfructus und Usus an der Sache bestellt hat, beide auch mit p. naturalis, und, wenn diese vier Personen ad nundinas gegangen sind, auch noch den Ingredienten als p. corporalis.

[1]) Gl. possidet vi zu l. 1 § 9 uti poss.; gl. qui precario zu l. 17 de precar.

[2]) Gl. non clam zu l. 6 § 1 de poss. Accursius scheint der Frage nicht vollständig Herr geworden zu sein. Bei Bartolus, comment. zu derselben Stelle Nro. 3—10, findet die oben angegebene Entscheidung der Frage geringere Bedenken.

[3]) Gl. possidet vi zu l. 1 § 9 uti poss. (possidet vi, non quod me deiecerit omnino, sed me turbat).

gegen jeden Successor des possessor vitiosus, auch den Singular-Successor gegeben [1]).

In der accursischen Glosse und auch anderwärts finden sich Stellen, in denen die Ansicht zu Tage zu treten scheint, daß aller possessio vitiosa gegenüber die älteren p. iusta als gegenwärtiger Besitz Anspruch auf Schutz mit dem i. uti possidetis hat. In der Gl. vincetur zu l. 3 pr. uti poss. heißt es: — quid si praedium meum possideam civiliter: alius autem, qui neque civilem neque naturalem habet possessionem, tibi vendat, et te inducat in possessionem: nonne hoc interdicto vincam? respon. ita: ut C. quod cum eo l. si servus. Idemque et si is, qui tibi vendit, a me clam vel precario vel vi possideret, ut non sit melior suo auctore. — Der erste Theil der Stelle enthält den auch sonst von der Glosse anerkannten Satz, daß dem abwesenden possessor civilis das i. uti possidetis gegen den zusteht, den er bei seiner Rückkehr im Besitze findet. Die in dem zweiten Theile der Stelle ausgedrückte Haftung des Successors, wenn das Interdict gegen den Auctor zustehen würde, ist ebenfalls schon besprochen. Aber die Stelle besagt daneben, daß auch gegen den vi possidens das Interdict gegeben ist. Derselbe Satz findet sich bei Rogerius: qui ab adversario vi possidet, hoc interdicto inferior est; potior enim est illius civilis possessio quam adversarii naturalis detentio. Auch folgendes Referat des Roffredus: Reprobatur quorundam advocatorum opinio, in qua fuit etiam P. (Placentinus) quod si aliquando probo, me possedisse rem, quae ad te pervenit, praesumitur me possidere et a te violentiam mihi allatam, nisi probes, qualiter possideas sine vitio arg. l. 16 C. de probat. — dürfte hierher gehören [2]).

Einen Widerspruch mit der an anderen Stellen der accursischen Glosse klar ausgesprochenen Ansicht, daß das i. uti possidetis dem Dejicirten und dem, welchen der Ingredient zurückgewiesen, gegen den Dejicienten und den Ingredienten nicht gegeben sei, möchte ich in den fraglichen Aussprüchen nicht finden. Ich beziehe die letzteren auf die vis inquietativa. Zur Erklärung der von Roffredus dem

---

[1]) Gl. vincetur i. f. zu l. 3 pr. uti poss. Bartol. comment. ad l. 3 pr. uti poss. (omnia interdicta excepto interdicto unde vi sunt scripta in rem).

[2]) Die Aussprüche des Rogerius und des Roffredus entnehme ich aus Bruns Besitz S. 117. 118.

Placentinus zugeschriebenen Meinung kann folgende Stelle aus des letzteren summa ad cod. uti poss. dienen: — ego experiar interdicto — si possides a me vi inquietationis: quia ego possideo, non tu: si vi expulsionis, non est locus huic interdicto, sed unde vi: et tu possides, non ego. Daraus scheint hervorzugehen, daß sich die von Roffredus referirte Meinung des Placentinus auch nur auf eine vis inquietativa bezogen hat. Die fragliche Vermuthung würde also den Inhalt gehabt haben, daß, wenn von verschiedenen Personen Besitzhandlungen vorgenommen worden wären, die jüngeren Besitzhandlungen als ein possidere vi inquietativa, als Beunruhigung des älteren Besitzes des anderen Theiles, angesehen werden sollten.

Delbrück gründet auf die Stelle des Roffredus die Ansicht, daß schon bei den Glossatoren und in der Praxis zur Zeit der Glossatoren der Satz Geltung gehabt habe, nach welchem der ehemalige Besitzer, wenn er nicht aufgehört habe, noch gegenwärtig Besitzer sein zu wollen, Civilbesitzer, also gegenwärtiger Besitzer sei[1]. Er ist hier in denselben Fehler verfallen, der seiner Auffassung des c. licet causam anklebt. Maaßen faßt den Bericht des Roffredus dahin auf, daß darin nicht vom i. uti possidetis, sondern vom i. unde vi gesprochen werde[2], und Bruns scheint dies zu bestätigen, indem er darauf hinweist, daß die Stelle in der Schrift des Roffredus im Titel: unde vi stehe[3]. Aber sollte nicht daraus, daß Placentinus aus dem possedisse rem auf das gegenwärtige possidere schließt, hervorgehen, daß derselbe nur vom i. uti possidetis habe sprechen können? Für das i. unde vi frommt die Vermuthung des gegenwärtigen Besitzes nichts. Sie müßte im Gegentheil das Interdict ausschließen. Aus dem possedisse rem könnte für das i. unde vi nur die Vermuthung hergeleitet werden, daß der frühere Besitzer seinen Besitz durch Spoliation verloren habe, wie ja auch in späterer Zeit der frühere Besitzer kraft solcher Vermuthung mit dem remedium recuperandae possessionis gegen den nachmaligen Besitzer obsiegte.

Dem Gedanken, welchen die gedachten Aussprüche der Glossa-

[1] Dingliche Klage S. 114.
[2] Jahrb. des gem. deutschen Rechts Bd. 2. XIII. S. 455 ff.
[3] Jahrb. des gem. deutschen Rechts Bd. 4. I. S. 58. Note 81.

toren enthalten, gibt auch Papst Innocenz IV. in seinem Decretalen-Commentar zu dem schon besprochenen c. licet causam unter Nro. 8 Ausdruck. Innocenz IV. sagt: Ut interdictum uti possidetis intentatur contra eum, qui invenitur non possidere vel male possidere ab adversario, id est cum adversarius prius bene possederit, et is, contra quem agit, incipit postmodum eandem rem vi vel clam possidere vel precario, nunquam debet sententiari uti possidetis ita possideatis, sed condemnare molestatorem et imponere ei silentium -- Si autem, qui egit uti possidetis, inveniatur non possidere, vel reus melius probet se possidere, absolvitur reus — und an einer anderen Stelle zu Nro. 6: Sed dices: et si vi vel clam possidebat commune, tamen, quia possidet, non debet habere locum uti possidetis contra ipsum, quia tunc locum tantum habere videtur, quando se tantum et non adversarium dicit possidere — Respon: Imo locum habet tantum uti possidetis, quia actor non dicit se expulsum, sed turbari tantum — Si autem expulsus esset, competeret interdictum unde vi. Der in der ersteren Stelle vorkommende Gegensatz des male possidere und des prius bene possidere bezieht sich wieder nur auf die Ausübung von Besitzhandlungen in der Art, daß die späteren Besitzhandlungen der einen Partei dem durch die früheren der anderen Partei begründeten Besitz gegenüber als vis inquietativa gelten sollen. In den Worten der zweiten Stelle: „locum habet u. p., quia actor non dicit se expulsum sed turbari tantum," zeigt sich das römische Recht schon verwischt, insofern als die Worte darauf hindeuten, daß es von der Partei, gegen deren Besitz die jüngeren Besitzhandlungen der Gegenpartei gerichtet seien, abhängen könne, ob sie in diesen Handlungen eine Dejectio oder eine Störung finden wolle.

In der civilis possessio, wie sie sich ausgebildet hatte, lagen die Voraussetzungen weiterer Entwickelung. Dieselbe war dahin vorgezeichnet, daß man auch den Besitz des Dejicirten und des vom Ingredienten Zurückgewiesenen als possessio civilis fortdauern ließ. Dieser Schritt wurde im sechszehnten Jahrhundert gethan. Menochi sucht die Fortdauer der possessio des Dejicirten sogar quellenmäßig zu begründen, indem er die in der l. 3 §§ 2. 4. uti poss. angegebenen Fälle der Zulässigkeit des Interdicts, wenn der Besitzer gehindert wird, einen Bau auf seinem Grundstück auszuführen oder sonst das Grundstück zu nutzen, als Fälle der Dejection ansieht.

Quaero — so heißt es bei Menochi — quid si vi a naturali possessione deiectus atque spoliatus civilem retinet, an experiri hoc interdicto (u. p.) poterit? et dicendum est posse, cum per eam spoliationem perturbari dicatur in ea civili, quam habet. Damit steht in Verbindung, daß der Dejicirte die Wahl hat, ob er rücksichtlich der ihm entzogenen possessio naturalis das i. unde vi anstellen oder ob er in der Dejection eine Störung der ihm durch keine fremde Handlung ohne seinen Willen entziehbaren possessio civilis finden und mit dem i. uti possidetis vorgehen will, und daß er sogar beide Rechtsmittel cumuliren kann.[1]) Bruns meint, daß die Auffassung des Menochi nicht wesentlich von dem Standpunkt der älteren Juristen abweiche. Wenn Menochi von der Fortdauer der possessio civilis des Dejicirten spreche, so habe er nur gewisse Fälle, und zwar vorzugsweise die Fälle „der heimlichen Occupation und die des Pflügens, Säens und Bauens auf fremdem Boden“ im Auge; aber dem „vollständig und einfach Dejicirten“ gebe er das Interdict nicht, spreche vielmehr dem Spoliirten dasselbe gradezu ab.[2]) Ich halte dies für unrichtig. Die Idee der Fortdauer des Besitzes eines Dejicirten soll in der Anlehnung an die l. 3 §§ 2. 4. uti poss. nur die Möglichkeit einer quellenmäßigen Begründung erhalten, die Fortdauer aber nicht auf diese Fälle beschränkt sein. Der Dejicirte soll sich nach Menochi dem Dejicienten gegenüber in derselben Lage befinden, wie nach Accursius der zur Sache zurückkehrende Besitzer dem Ingredienten gegenüber. Wie bei Accursius der Zurückkehrende den Besitz behält, so lange er nicht das suspicari se posse repelli in die Entscheidung treten läßt, so behält nach Menochi der Dejicirte seine possessio civilis, so lange er nicht zu erkennen gibt, daß er sich nicht mehr für den Besitzer halte, daß er also die p. civilis nicht mehr retinire. Daß Menochi auf diesem Standpunkt steht, ergibt sich auch daraus, daß er respectu diversae possessionis die Cumulation des i. uti possidetis mit dem i. unde vi, so wie die des i. uti possidetis mit dem Petitorium in der Art zuläßt, daß gleichzeitig mit dem i. unde vi oder mit dem Petitorium die Räumung der possessio naturalis und mit dem i. uti possidetis Schutz in der possessio civilis verlangt werden

---

[1]) Comment. de ret. poss. remed. III. Nro. 35 seq.

[2]) Jahrb. des gem. deutschen Rechts Bd. 4 I. S. 52 f.

kann, während die Cumulation respectu eiusdem possessionis, quam actor asserit perdidisse ante intentatum possessorium für ausgeschlossen erklärt wird, weil tunc proponendo petitorium dicitur possessorio renunciatum.[1]) Wer also sagt, daß er seinen Besitz verloren habe, hat ihn damit verloren. Das i. uti possidetis ist ihm versagt. Er muß als Spoliirter das i. unde vi oder das Petitorium zur Hand nehmen. Wenn Menochi an einem anderen Orte davon spricht, daß der Spoliirte das i. uti poss. nicht habe[2]), so meint er damit nicht, daß das Interdict dem Dejicirten nicht zustehe, sondern daß der Dejicirte, der seine possessio civilis nicht mehr animo retinire, der sich vielmehr auch in Ansehung der p. civilis als spoliirt ansehe, auf das remedium recuperandae possessionis angewiesen sei.

Was bei Menochi an Bestimmtheit noch fehlt, so daß immerhin Zweifel entstehen können, das ist bei Postius ergänzt. Die vis deiectiva und die vis inquietativa werden von ihm in der Art zu einem Begriff verschmolzen, daß es von dem Dejicirten abhängen soll, ob er sich als dejicirt ansehen oder die Dejection nur als eine Besitzstörung gelten lassen und seine possessio civilis behalten will (conquerens se in possessione turbari praesupponit penes se possessionem de praesenti; ac manutentionem petendo dicitur saltem animo retinuisse possessionem, et cognoscitur, quod non habet se pro spoliato, sed intendit possidere et suam possessionem tueri et continuare). Während also Innocenz IV mit den Worten: locum habet u. p., quia actor non dicit se expulsum, sed turbari tantum, sagen will, daß das i. uti possidetis der klagenden Kirche nicht gegeben sein würde, wenn die Klägerin eingeräumt hätte, ihren Besitz verloren zu haben, heißt es bei Postius, daß der Dejicirte Besitzer bleibe, wenn er sage, daß er sich noch als Besitzer ansehe. Der Fortdauer des Besitzes entspricht das Recht des Dejicirten, den Dejicienten wieder zu vertreiben. Das Recht wird als Ausfluß des Rechts der Selbstvertheidigung hingestellt. Natürlich darf von diesem

---

[1]) l. c. Nro. 507 seq. 511 seq.: Qui (possessione) naturali spoliatus fuit, cum civilem retinuerit, agere interdicto undi vi vel alio potest nomine naturalis amissae et uti possidetis pro civili retenta (Nro. 507 i. f.)

[2]) l. c. Nro. 558. Zugegeben muß allerdings werden, daß von den Gewährsmännern, welche Menochi hier heranzieht, namentlich Cujacius zu denen gehört, welche das i. uti poss. dem Dejicirten entschieden absprechen.

Recht nur in continenti Gebrauch gemacht werden. Aber ein Gebrauch in continenti liegt vor, wenn der Vertriebene auch Jahre nöthig hat, um seine Vorbereitungen behufs Vertreibung seines Dejicienten zu treffen. Daß bei solcher Vertreibung Waffengewalt angewendet werden darf, versteht sich von selbst, aber eben so, daß das moderamen inculpatae tutelae gewahrt bleiben muß.[1]) Das Gewicht der Lehre des Postius läßt sich durch die von Bruns gemachte Bemerkung, er wolle nicht leugnen, daß einzelne Italiener, namentlich in Parteischriften, den Civilbesitz und das i. uti possidetis auch bei „wirklicher und vollständiger Dejection" zugelassen haben[2]), nicht verringern. Postius ist der Interpret der Praxis der rota Romana im Ausgange des sechszehnten und im Anfange des siebenzehnten Jahrhunderts. Sein Einfluß ist auch in Deutschland ein bedeutender gewesen, wie sich aus zahlreichen Citaten bei Mevius und Anderen ergibt.

Mit Postius hat der Gedanke, welcher der Scheidung von p. civilis und p. naturalis zum Grunde liegt, sein letztes Ziel erreicht. Die p. civilis ist zu einem Inbegriff der Voraussetzungen geworden, unter welchen der Besitzer die Herrschaft über die Sache, die er wider seinen Willen verloren hat, klagend zurückfordern kann. Hier ist nur die Schale noch römisch. Der Kern gehört dem germanischen Recht an. Die possessio civilis ist die Gewere dessen, der seinen Besitz wider seinen Willen verloren hat und dem aus dem älteren Besitz eine Klage wider den gegenwärtigen Inhaber der Sache auf Wiedereinräumung der Herrschaft über die Sache gegeben ist, also ein Fall der sogenannten juristischen Gewere, und zwar der von Albrecht in der Schrift: „Die Gewere als Grundlage des deutschen Sachenrechts" in § 5 behandelte erste Fall der juristischen Gewere.

Delbrück hat den Gedanken, welcher der Auffassung der p. civilis im Mittelalter zum Grunde liegt, als den der juristischen Gewere wenn nicht zuerst erkannt, so ihn doch am ausführlichsten als solchen dargestellt. Seine Untersuchungen bedürfen, wie schon mehrfach gezeigt worden, in manchen Punkten der Berichtigung. Der praktische Zweck, den er verfolgt, die Klage aus älterem Besitze als ein seit der Zeit der Glossatoren in Geltung gewesenes und noch

[1]) Tract. de manut. obs. 1 Nro. 63 seq. 76 seq. obs. 5 Nro. 3. 4. 9—12.
[2]) a. a. O. S. 53.

gegenwärtig trotz der dagegen gerichteten Versuche der Unterdrückung geltendes Rechtsinstitut hinzustellen, hat seinem Blick nicht selten die wünschenswerthe Schärfe genommen. Er ist bisweilen mehr ein Advocat der von ihm vertheidigten Sache, als ein unbefangener Richter. Aber das Verdienst, den Zusammenhang der p. civilis mit der juristischen Gewere dargethan zu haben, bleibt ihm trotz einzelner Irrthümer, die seiner Beweisführung ankleben. Auch Bruns, der im „Recht des Besitzes" die vom römischen Recht abweichende Gestaltung, welche der Sachbesitz und sein Schutz seit den Glossatoren erhalten hat, auf bloße Mißverständnisse des römischen Rechts und nur einige der späteren Bestimmungen des Rechtsbesitzes auf deutschrechtliche Anschauungen zurückführen wollte, hat in seiner Abhandlung: „der ältere Besitz und das possessorium ordinarium" wenigstens anerkannt, daß bei der Ausbildung der possessio civilis ein Einfluß der deutschen Gewere stattgefunden habe. Nur sei, so führt Bruns gegen Delbrück aus, dieser Einfluß nicht so weit gegangen, daß man den ganzen petitorischen Character der Gewere und ihrer Klage in den römischen Besitz und seine Klagen hineingetragen hätte. Man habe vielmehr die Gewere für Besitz gehalten, ihren petitorischen Charakter verkannt, und nicht den römischen Besitz zur deutschen Gewere, sondern umgekehrt die deutsche Gewere zum römischen Besitz gemacht.[1]) Die Differenz betrifft also nur noch das Maß der Beiträge, welche das römische und das germanische Recht für die neue Rechtsentwickelung hergegeben haben, und die Frage, ob die neuen Rechtsbildungen vermöge des Verhältnisses der Beiträge als veränderte römischrechtliche oder als deutschrechtliche in römischrechtlicher Form anzusprechen sind.

Als eine Abart der p. civilis wird die p. civilissima aufgestellt, d. i. der Besitz, welcher erworben wird, ohne daß der Erwerber in irgend ein räumliches Verhältniß zur Sache zu treten braucht. Der eigentliche Fall der p. civilissima liegt beim Erbgang vor, indem der Satz des germanischen Rechts: „der Todte erbt den Lebendigen" auf den Besitzerwerb in der Art ausgedehnt wird, daß der letztere ohne einen Apprehensionsact des Erben durch das Erbewerben allein stattfindet. Allgemeine Geltung konnte der aufgestellte Satz des germanischen Rechts nicht beanspruchen. Seine Geltung war dadurch

---

[1]) a. a. O. S. 86 ff.

bedingt, daß die germanische Rechtsanschauung dem römischen Recht gegenüber sich statutarrechtlich oder gewohnheitsrechtlich erhalten hatte. Man stritt darüber, ob die p. civilissima des Erben eine besondere Art des Besitzes neben der p. civilis wäre. Die Meisten erklärten dieselbe damit, daß das positive Recht für den Erben die Apprehension als Erforderniß des Besitzerwerbes beseitigt hätte (der Besitzerwerb findet iuris ministerio absque ulla apprehensione statt), daß es sich dabei also um eine besondere Besitzart nicht handeln könnte. Die Idee der p. civilissima fand Ausdehnung auf andere Fälle: Mit dem Eintritt in ein Kloster ließ man das letztere ohne Apprehension den Besitz der Sachen des Eingetretenen erwerben, und und in Folge der Unterwerfung unter Hofrecht ließ man den Herrn ohne Besitzergreifung Besitzer der Sachen des Mannes werden.[1] Die p. civilissima ist der von Albrecht in § 6 seines Buchs besprochene zweite Fall der juristischen Gewere.

§ 25. Das Possessorium summariissimum.

Indem die Fortbildung des i. uti possidetis die Richtung nahm, daß mit dem Alter des Besitzes und dem Titel das Recht zum Besitz zur Erörterung und Entscheidung gezogen werden konnte, trat der Natur der Sache nach die Bedeutung des Rechtsmittels für den jeweiligen Besitzstand in den Hintergrund. Hier half wieder das officium iudicis. Dasselbe hatte im Mittelalter eine ähnliche Bedeutung, wie das prätorische Recht bei den Römern. Der Richter galt für befugt, aus Billigkeitsgründen oder im Interesse der öffentlichen Ordnung eine Rechtshilfe zu geben auch da, wo das geschriebene Recht solche versagte, und beziehungsweise für die Rechtshilfe, die er gab, wo die Beobachtung der gewöhnlichen Proceßformen die Rechtshilfe illusorisch gemacht haben würde, andere zweckentsprechendere Formen zu wählen. Wie schon nach Accursius jeder Detentor das officium iudicis anrufen konnte, um in der Detention geschützt zu werden, ebenso half der Richter, nachdem das i. uti possidetis seinem eigentlichen Zweck entfrembet war, aus Gründen der öffent-

[1] Bartol. comment. ad c. 11 unde vi; Ripa comment. in ius civ. tit. de poss. l. 1 Nro. 37, comment. in ius canon. ad c. 18 X. de rest. spol. (2, 13) Nro. 58 seq. Zasius comment. ad l. 3 de poss. Nro. 16—19, Menoch. comment. de ret. poss. rem. III Nro. 59. 60; rem. ult. Nro. 16; de recup. poss. rem. I Nro. 392.

lichen Wohlfahrt bei streitigem Besitz in der Art aus, daß er de plano et sine libello nach summarischer Untersuchung des Falles über die Besitzfrage entschied und entweder der einen Partei den Besitz zusprach, oder denselben sequestriren ließ. Innocenz IV, Durantis, Paulus de Castro haben dem officium iudicis diese Richtung gegeben [1]) Damit bildete sich ein neues Rechtsmittel aus, das bei Postius und in der Praxis der rota Romana aus den letzten Decennien des sechszehnten und den ersten des siebenzehnten Jahrhunderts in seiner höchsten Vollendung erscheint. Postius gibt als seinen Zweck an die nuda et mera manutentio ac defensio in possessione seu quasi, donec plenius fuit cognitum. Es handelt sich darum, ut lite pendente, qui vere sit in possessione, minime turbetur. Das Rechtsmittel hat also einen anderweiten Rechtsstreit zur Voraussetzung. Daß derselbe bereits eingeleitet ist, wird nicht erfordert. Das Rechtsmittel kann auch für einen einzuleitenden Proceß eine präparatorische Function haben in der Art, daß es zur Feststellung der Parteienrollen dient. Der Proceß ist entweder das possessorium ordinarium oder das Petitorium. Dabei wird der Begriff der turbatio ebenso weit aufgefaßt, wie der Begriff der possessio. Als Turbation gilt auch die Occupation der possessio naturalis und sogar die Dejection. Sieht der Besitzer in solchem Falle seinen Besitz nur als gestört an, so kann er wählen, ob er Selbsthilfe, die hier als Selbstvertheidigung gilt, anwenden oder sich des Rechtsmittels bedienen will. Das letztere wird ausdrücklich als eine Ergänzung des Selbstvertheidigungsrechts bezeichnet. Er kann auch, nachdem er das officium iudicis in Anspruch genommen, auf weitere Hilfe des Richters verzichten und sein „Selbstvertheidigungsrecht" in Person ausüben. Hat er einmal ausdrücklich erklärt, daß er spoliirt sei, so ist ihm das Rechtsmittel ebenso wie das Selbstvertheidigungsrecht versagt. Auch dem bloßen Detentor wird das Rechtsmittel gegeben, und zwar dem Detentor, der ein selbständiges ius detinendi hat, also dem Inquilinus und Conductor selbst gegen den dominus, während es dem Commodatar und dem Depositar nur gegen Fremde zusteht. Der Natur der Sache nach kann es die Function der Bestimmung der Parteienrollen insoweit nicht haben, als den Detentoren kein Ordinarium

---

[1]) Innoc. comment. zu c. 8 X de probat; Durant. specul. lib. 2. tit. de petit. et possess. § 1 Nro. 38; Paulus de Castro consil. II. 3.

oder Petitorium gegeben ist. Seine präparatorische Natur zeigt sich hier nur darin, daß wenn der Detentor in seiner Detention geschützt wird, sein Gegner klagend auftreten und seine possessio oder sein ius possidendi nachweisen muß. Der Pächter oder Miether mag dann der possessio seines Verpächters oder Vermiethers gegenüber excipiren, daß er eine iusta causa detinendi habe.[1])

Charakteristisch für das Rechtsmittel ist sein Verhältniß zum i. uti possidetis. Es bildet das nothwendige Complement für das letztere. Je mehr das i. uti possidetis von der Beziehung auf den gegenwärtigen Besitz sich losmacht, desto größer wird die Bedeutung des neuen Rechtsmittels. Diejenigen Schriftsteller, welche das i. uti possidetis mehr in seiner römischrechtlichen Bestimmung, dem Schutze des gegenwärtigen Besitzes zu dienen, auffassen, räumen dem neuen Rechtsmittel nur eine beschränktere Wirksamkeit ein. Innocenz gibt es nur bei timor armorum. Ebenso beschränken es die späteren deutschen Schriftsteller, bei welchen zu Gunsten des römischen Rechts eine Reaction gegen die uneingeschränkte Verwendung des i. uti possidetis zum Schutze des älteren, nicht mehr actuell vorhandenen Besitzes eintritt. Postius dagegen nimmt das Erforderniß des timor armorum nur in dem Falle an, wenn der Richter ohne Anrufen der Parteien von Amtswegen einschreitet und wenn er — was er auch thun kann, wenn seine Hilfe angerufen ist — die possessio avocirt und sequestrirt. Ebenso sehen die späteren deutschen Schriftsteller, welche das Possessorium ordinarium der alten Tradition gemäß recuperatorisch wirken lassen, von dem Requisite des timor armorum regelmäßig ab.

Der gebräuchlichste Name des neuen Rechtsmittels ist Possessorium summariissimum im Gegensatze zum Possessorium ordinarium, welcher Name dem interdictum uti possidetis in seiner neuen Gestalt gegeben wird.

§ 26. Das remedium ex canone Redintegranda.

Während in Ansehung des i. uti possidetis die von der Glosse begonnene Rechtsentwickelung im sechszehnten Jahrhundert damit

[1]) Tract. de manut. obs. 2 Nro. 9. 22; obs. 4 Nro. 9; obs. 5 Nro. 3. 4; obs. 9 Nro. 1—6; obs. 15 Nro. 18; obs. 16 Nro. 3 seq; obs. 41 Nro. 16; obs. 51 Nro. 4. 8. 17. 21.

abschloß, daß das Rechtsmittel dazu diente, den älteren Besitz unter dem Schein eines animo fortgesetzten Besitzes wiederherzustellen, wurde von den Canonisten in verhältnißmäßig kürzerer Zeit ein Rechtsmittel ausgebildet, in welchem dieselbe Rechtsidee sich ausprägte, die in der Verwendung des i. uti possidetis zum Schutze des älteren Besitzes Ausdruck erhielt. Die gesetzliche Grnndlage des neuen Rechtsmittels wurde nachmals in den pseudoisidorischen von Gratian in das Decretum aufgenommenen Sätzen über die exceptio spolii gefunden, welche vertriebene Bischöfe zu dem Zwecke haben sollten, um vor erfolgter Restitution aller ihnen genommenen Sachen und Befugnisse von der Pflicht, auf eine gegen sie erhobene Anklage sich zu vertheidigen, befreit zu sein. Die Hauptstelle ist der canon Red. c. 3 C. 3 qu. 1: Redintegranda sunt omnia exspoliatis vel ejectis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum, et in eo loco, unde abscesserant, funditus revocanda, quacunque conditione temporis aut captivitate aut dolo aut virtute maiorum aut per quascunque iniustas causas res ecclesiae vel proprias, id est substantias suas perdidisse noscuntur. Das Klagerecht wurde einem jeden Besitzer, der seinen Besitz quacunque iniusta causa verloren hatte, gegen jeden späteren Besitzer ohne Einschränkung auf mala fides des letzteren gegeben.

Ueber die Entstehung dieses Klagerechts, an das weder der Fälscher, der den Canon verfaßt, noch Gratian, der ihn anscheinend gutgläubig in seine Sammlung aufgenommen, gedacht haben, ist durch die von Bruns[1]) und Maaßen[2]) angestellten Untersuchungen Licht verbreitet worden. Nach Maaßen haben die ältesten Canonisten dem Spoliirten da, wo es für ihn darauf angekommen ist, klagend aufzutreten, nur die gewöhnlichen possessorischen Interdicte und Actionen gegeben und für die Klage auf Restitution eines durch Spoliation verlorenen Besitzes nur die violentia als die Form des dabei in Betracht kommenden Unrechts aufgefaßt. Die späteren Canonisten haben unter Anlehnung an Pseudoisidor Gewalt, Zwang und Arglist einander gleichgestellt. Die Annahme der Haftung des dritten Besitzers der Klage des durch vis, metus, dolus seines Besitzes Beraubten gegenüber aber

[1]) Bruns Besitz S. 163 ff.

[2]) Jahrb. des gem. deutschen Rechts Bd. 3. VIII.

beruht nach Maaßen darauf, daß man die verschiedenen in solchen Fällen nach römischem Recht möglichen Klagen mit Aufhebung ihrer Unterschiede zu einem einzigen Rechtsmittel verschmolzen, dabei aber betreffs der Haftung des dritten Besitzers von der actio quod metus causa die Norm entlehnt habe.

Solchergestalt war das Rechtsmittel schon theoretisch begründet, als Innocenz III. im Jahre 1213 mit dem caput Saepe hervortrat: Saepe contingit, quod spoliatus per spoliatorem in alium re translata, dum adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium spoliato, commodo possessionis amisso propter difficultatem probationum iuris proprietatis amittit effectum. Unde non obstante iuris civilis rigore sancimus, ut, si quis de cetero scienter rem talem receperit, cum spoliatori quasi succedat in vitium (eo quod non multum intersit quoad periculum animae iniuste detinere ac invadere alienum) contra possessorem huiusmodi spoliato per restitutionis beneficium succuratur.[1])

Es versteht sich von selbst, daß bei Erlaß dieser Verordnung von der Annahme einer auf dem can. Red. fußenden gesetzlichen Begründung der Klage gegen jeden dritten Besitzer nicht die Rede sein konnte. Delbrück sieht die auf einen Beschluß des lateranensischen Concils vom Jahre 1215 beruhende Verordnung als ein Compromiß zwischen den entgegenstehenden Meinungen derjenigen an, die das römische Recht festhalten, und derer, welche der germanisch rechtlichen Klage aus dem älteren Besitz Boden verschaffen wollten, indem er darauf aufmerksam macht, daß die Motive, da das periculum animae jeden dritten Besitzer treffen würde, mit der Disposition selbst nicht im Einklang stehen.[2])

Innocenz IV. verwarf in seinem Commentar zu den Decretalen die Klage gegen jeden dritten Besitzer mit folgenden Worten: In rebus — ecclesiasticis dixerunt quidam contra quemlibet agi posse per i. u. vi vel ad minus condictione ex canone 2 qu. 1 reint. Sed nos hoc non dicimus et intelligimus hoc c. reintegranda et alia iura, quae pro eis facere videntur, quod omnia sunt spoliatis restituenda non condictione ex canone vel interdicto unde vi, sed aliis competentibus actionibus, puta si dolo contraxerit, actionem

---

[1]) c. 18 X de restitut spol. (2, 13).

[2]) Dingliche Klage S. 155 f.

de dolo, si metu, actionem quod metus causa, et sic de aliis.[1])

Innocenz wendet sich hier gegen die Annahme einer gesetzlichen Begründung der Klage wider jeden dritten Besitzer auf den canon Redintegranda. Von Innocenz IV. an wird von den Schriftstellern über die possessorischen Rechtsmittel die Frage, ob in dem gedachten Canon ein remedium novum et aliis pinguius recuperandae possessionis gegeben sei, regelmäßig erörtert.

Delbrück hält Innocenz IV. nicht für einen Gegner, sondern für einen Beförderer der Klage gegen jeden gutgläubigen Besitzer.[2]) Nur meint er, daß derselbe über das Verhältniß des c. Saepe zu dem can. Red. nicht mit sich habe einig werden können. Daß Innocenz darüber nicht zweifelhaft gewesen sei, daß der Spoliirte eine Klage gegen jeden Besitzer habe, und daß diese Klage auf den can. Red. sich stütze, schließt Delbrück aus folgenden Stellen des Commentars zum c. Saepe: Intelligo hanc decretatem plane sicut iacet — videtur, quod condictio ex hac decret. competit vim passo — per quotcunque manus ierit — contra sequentes malae fidei possessores. Immo plus videtur, quod si aliquis possidebat bona fide — nisi constiterit, priorem bonae fidei possessorem iuste possessionem amisisse, fiet ei restitutio possessionis et non probata spoliatione. — Aber Innocenz gibt hier die Klage nur gegen den ersten Besitzer, den Occupanten, ohne Rücksicht auf seine mala fides. Es ist dies im Wesentlichen kein anderer Gedanke, als der, welcher den Besitz der saltus aestivi ungeachtet der Occupation derselben durch einen Anderen, der ja auch in bona fide sein kann, fortdauern läßt (l. 41 de poss.). Gegen den successor gibt Innocenz die Klage nur bei mala fides. Die gleiche Auffassung liegt folgenden Stellen seines Commentars, in welchen Delbrück ebenfalls eine Bestätigung seiner Meinung findet, zum Grunde: Bene dicit, si scienter accepit, quod tenetur restituere per cond. ex hac const. (c. Saepe) — nec contradicit c. 3 qu. 1 Reint. — crederemus posse ferri sententiam contra possidentem, quamvis non spoliasset, nec rem scienter a spoliatore recepisset, et sic intelligitur c. Reint. — Der possidens ist hier wiederum der erste Occupant, der weder ein eigentliches Spolium begangen, noch die Sache von

[1]) Comment. ad c. 15 de rest. spol. (cum ad sedem).

[2]) Dingliche Klage S. 158.

einem Spoliator wissentlich erworben hat, gegen den aber doch das remedium recup. poss. gegeben ist.

Die Klage gegen jeden dritten Besitzer, auch den gutgläubigen, und ihre Begründung auf den can. Red. war aber nicht zu beseitigen. Weder die Unmöglichkeit zu erklären, wie Innocenz III, wenn die fragliche Klage schon mit dem can. Red. gegeben gewesen wäre, eine Klage gegen den schlechtgläubigen Besitzer hätte einführen können, noch die Autorität Innocenz' IV., noch ein später von Aegidius Bellamera aus den von Gratian bei Aufnahme der vorgeblichen Decretate in seine Compilation weggelassenen Schlußworten: ante accusationem aut regularem vocationem ad synodum eorum gegen das Klagerecht hergenommenes Bedenken[1]) vermochten demselben erheblichen Eintrag zu thun. Dasselbe hatte in der Praxis der geistlichen Gerichte unbestrittene Anerkennung, wurde in die Praxis der weltlichen Gerichte aufgenommen und gelangte hier im fünfzehnten und sechszehnten Jahrhundert zu einer, wenn gleich niemals ganz unbestrittenen Herrschaft. Ripa, Alciat und Menochi blieben vor dem Bedenken stehen, daß die Constitution Innocenz' III. überflüssig gewesen wäre, wenn der canon Red. ein Rechtsmittel gegen den dritten redlichen Besitzer eingeführt hätte.[2]) Sie nahmen daher mit Innocenz IV. an, daß der Canon nur auf das ältere Recht verweise, ein neues Rechtsmittel nicht einführe. Ripa bezeugt freilich unter Beistimmung Menochi's, daß die entgegengesetzte Meinung in Theorie und Praxis recipirt sei. Beide sprechen sich dahin aus, daß, wenn man eine Klage gegen den dritten redlichen Besitzer aus dem can. Red. annehmen wolle, dieselbe nur pro rebus ecclesiasticis gegeben sein könne. Menochi fügt jedoch bei, es komme kaum vor, daß in der Praxis von der Ansicht, daß die Klage auch den Laien pro rebus profanis zustehe, abgegangen werde.[3])

---

[1]) Cf. Menoch. comment. de recup. poss. XV. Nro. 19.

[2]) Ripa comment. ad ius can. cap. Saepe Nro. 19; Alciat. comment. ad l. 15 de poss. Nro. 10; Menoch. comment. de recup. poss. XV Nro. 5 seq.

[3]) Rip. l. c. Nro. 21; Menoch. l. c. — Bruns, Recht des Besitzes S. 260, bezieht die Worte Menochi's: inficias tamen non ibo vix esse, quod in praxi a relata receptiori sententia recedatur, quae in foro quotidiana est — irrthümlich auf die quaest. 2, an hoc remedium sit novum et caeteris pinguius, während sie zur quaest. 3, an hoc remed. ita laicis pro rebus profanis recuperandis, quam clericis pro rebus ecclesiae, gehören. Delbrück, dingliche Klage S. 166, hat auf diesen Irrthum schon aufmerksam gemacht. Er selbst aber fällt

Aus der Art der Behandlung des canon Red. und des cap. Saepe, welche man nöthig gefunden hat, um das fragliche Rechtsmittel zur Anerkennung zu bringen, und die kaum weniger verwunderlich ist, als die im § 24 besprochene Ausbeutung des römischen Gegensatzes von possessio civilis und p. naturalis, ergibt sich, daß es sich hier wie dort um ein unabweisbares Rechtsbedürfniß gehandelt hat, das den Weg fand, sich geltend zu machen, mochte sich das geschriebene Recht dazu verhalten, wie es wollte. Wie das i. uti possidetis nach den von Bartolus aufgestellten Sätzen, insbesondere aber nach der Ausbildung, die es bei Menochi und Postius erhalten, unter Festhaltung des Scheines, als erfordere es Besitz des Klägers zur Zeit der Turbation und zur Zeit der Litiscontestation schon dann Erfolg hatte, wenn nichts weiter vorlag, als p. antiquior des Klägers, p. iunior des Beklagten, ebenso war das remedium ex c. Red. der Sache nach ein Rechtsmittel, welches dem älteren Besitzer gegen den jüngeren gegeben wurde. Das Requisit des remedium ex can. Red., daß der Kläger seinen Besitz durch eine causa iniusta verloren habe, wurde damit abgeschwächt, daß auch hier die Vermuthung, nach welcher die p. antiquior für eine p. iustior galt, über weitere Beweise hinweghalf [1]. Beide Rechtsmittel unterschieden sich zuletzt nur darin, daß, wenn der Kläger zugestanden hatte, er wäre spoliirt, also nicht mehr Besitzer, nicht das i. uti possidetis, sondern nur das remedium ex can. Red. gegeben wurde. Beiden Rechtsmitteln liegt ein Rechtsgedanke zum Grunde. Derselbe ist nach römischer Terminologie dahin zu fixiren, daß dem früheren Besitzer, der seinen Besitz nicht freiwillig aufgegeben hat, eine Klage zur Wiedererlangung desselben gewährt wird. Nach der für das germanische Recht angenommenen

in den andern Irrthum, Menochi für einen Anhänger der Meinung zu halten, daß durch den can. Red. das im Text dargestellte Klagerecht eingeführt sei. Menochi steht indeß auf der Seite Innocenz' IV., Bartolus', Ripa's, Alciats. Er verneint mit ihnen die Frage, an hoc remedium sit novum et caeteris pinguius. Daß er trotz dessen in 43 Quästionen die Controversen, welche das Rechtsmittel betreffen, ausführlich vorträgt, ändert darin nichts. Menochi ist auch von den Späteren immer als Gegner des Rechtsmittels, wie es sich bei den Canonisten und in der Praxis gestaltete, aufgeführt worden.

[1] In dubio praesumitur antiquior possessor sine causa spoliatus, quare qui eum sua culpa spoliatum affirmat, probare debet. Menoch. de recup. poss. remed. XV Nro. 98.

Terminologie ist es die juristische Gewere, die in beiden Rechtsmitteln zu Tage tritt. Daß aus einem Rechtsgedanken die beiden Klagerechte sich entwickelt haben, von denen doch jedes einzelne dem Bedürfniß genügt haben würde, kann nicht auffallen. Die Erklärung liegt darin, daß das eine Rechtsmittel von den Canonisten ausgebildet wurde, während die Civilisten es lange zurückwiesen, so daß also die letzteren auf ihre eigene Weise dem Rechtsbedürfnisse, dem der germanische Rechtsgedanke der juristischen Gewere entsprach, Abhilfe zu verschaffen in der Lage waren.

§ 27. Rechtsentwickelung in Frankreich.

In Frankreich gelangte das römische Recht zu wissenschaftlicher Behandlung in einer Zeit, in welcher das einheimische germanische Recht schon eine festere Gestaltung und daher eine größere Widerstandskraft erhalten hatte. Die älteste bekannte Klage für saisine ist die assisa novae disseisinae, welche wegen Störung, Beeinträchtigung, Entziehung des Besitzes am Eigen- oder Lehnsgute stattfand und Annalbesitz zur Voraussetzung hatte. Daneben bildete sich unter dem Einfluß der Rechtsanschauungen, welche das im § 26 besprochene Rechtsmittel aus dem c. Red. zur Entstehung gelangen ließen, eine zweite Klage aus. Dieselbe hatte unter dem Namen „Réintegrande“ als Klage bei Verlust des Besitzes wider den Willen des Besitzers, sei es, daß der Verlust durch vis, metus, dolus oder durch eine andere iniusta causa stattgefunden, unbestrittene Geltung, als die großen französischen Romanisten des sechszehnten Jahrhunderts ihre Thätigkeit begannen [1]).

Diesem Umstande schreibe ich es zu, daß das römische Recht bei den französischen Juristen in reinerer Gestalt hervortritt, als bei ihren Vorgängern, den Italienern. Die letzteren mußten in demselben das Recht finden, das die Praxis zur Anwendung zu bringen hatte. Die französischen Juristen konnten sich, durch dergleichen Rücksichten unbeirrt, mit größerer wissenschaftlicher Freiheit bewegen. Dies gilt namentlich von der Auffassung des Gegensatzes zwischen p. civilis und p. naturalis. Derselbe hatte bei den Italienern seine Schuldigkeit gethan. Die Franzosen bedurften ihn nicht mehr zu

[1]) Alauzet histoire de la possession et des actions possessoires.

dem Zwecke, zu dem er gedient hatte. Eine vollständige Ueberwindung der Traditionen der Italiener fand übrigens nicht statt.

Conanus und Donellus emancipirten sich von denselben in höherem Grade als Andere. Der erstere spricht sich über die von den Glossatoren und ihren Nachfolgern angenommenen verschiedenen Arten des Besitzes dahin aus: videntur sibi ingeniosi neque se in media ignorantia haerere intelligunt. Beide haben die Beziehung der p. civilis auf den animo retinirten Besitz abgeworfen. Donellus meint, daß, wo in den Rechtsbüchern p. civilis und p. naturalis sich gegenüberstehen, unter der ersteren einmal die p. iusta gegenüber der p. iniusta, wie sie die beschenkte Ehefrau habe, ein anderesmal die p. vera gegenüber der p. non vera, sed quae abusive sic dicitur, wie sie der Colonus, der Fructuarius, der Pfandgläubiger haben, verstanden werde [1]). Corasius spricht sich dahin aus, daß die possessio, welche per probationem legis bestehe, bisweilen civilis genannt werde, non quod specie differat, quanquam illi a lege civili nova forma et qualitas detur. [2]) Duarenus bewegt sich noch innerhalb der Traditionen der Glossatoren. Er bezeichnet denjenigen als possessor naturalis, qui corpore incumbit rei eo animo, ut vel suo vel alieno nomine possideat, als possessor civilis den, qui, quamvis rei non insistat, civilis iuris interpretatione eam tenere ac possidere intelligitur. [3]) Cujacius hat keinen festen Standpunkt. Einmal ist ihm p. civilis die p., quae apprehenditur et possidetur ex iusta causa adquirendi dominii ab eo, qui se dominum credit, p. naturalis die p., quae corpore solo consistit, non iure dominii. Die letztere umfaßt alle possessio iniusta, aber auch den Besitz des Precaristen, des Pfandgläubigers und den des Sequesters. Dann nimmt er die von Bartolus herrührende Dreitheilung der possessio an in der Art, daß er von der p. naturalis noch die p. corporalis ab-

[1]) Conan. comment. lib. III cap. 8. Donell. comment. lib. V cap. 6. — Dem Conanus könnte der Vorwurf, den er gegen die Glossatoren ausspricht, vielleicht mit besserem Recht zurückgegeben werden. Er meint, daß der Eigenthümer nicht Besitzer seiner eigenen Sache sein könne, weil dominium und possessio nichts mit einander gemein haben (l. c. Nro. 2). Struvius (exercit. ad pand. 42) hat es der Mühe für werth gehalten, den Conanus in diesem Punkte zu widerlegen.

[2]) Comment. zu l. 12 § 1 de poss. Nro. 6.

[3]) Disput. lib. I. cap. 18.

sondert, unter welcher letzteren er die possessio iniusta versteht.[1]) Verwandt mit dieser Auffassung ist die des Hotomanus. Derselbe bezeichnet p. civilis als ius habendi rem suam. Ein ius nennt er sie, quia hanc habet, ipso iure possidere dicitur, non corpore; d. h. die p. civilis gilt als possessio, ohne daß es des corpus, der actuellen Macht über die Sache, bedarf. Die fictio iuris macht das corpus entbehrlich. Diese possessio hat der Eigenthümer und der redliche Besitzer, qui rem alienam ignorans pro sua possidet. P. naturalis wird definirt als detentio rei alienae cum affectione possidenti, sc. alieno nomine. Dieselben haben der Pfandgläubiger, der Precarist, der Usufructuar, der Emphyteuta, der Sequester, aber auch der Conductor, der Commodatar und der Depositar. P. corporalis heißt der usus rei alienae, quae a malae fidei possessore detinetur.[2])

Von Cujacius ist noch zu bemerken, daß er einer Reihe von Constitutionen römischer Kaiser die Bedeutung beilegt, daß durch dieselben an die Stelle des alten i. unde vi ein neues Rechtsmittel gesetzt worden sei, welches nicht blos durch vis, sondern auch durch dolus und metus, durch iniquum iudicium oder durch Erschleichen eines kaiserlichen Rescripts, durch error und incuria betreffs der Grenzen eines in Besitz genommenen Grundstücks und durch Occupation einer possessio vacans absente domino begründet werde. Er bezeichnet das Rechtsmittel, das er ad omnes perturbatae ac perversae possessionis casus wirken läßt, als generale interdictum restitutorium, als generale i. momenti, als generale i. momentariae possessionis, als actio momenti, als beneficium momenti.[3]) Als den praktischen Zweck, den er dabei verfolgt hat, möchte ich den erkennen, für den Besitzschutz, wie er in Frankreich durch Identification der Klage zum Schutze des Besitzes gegen Entziehung mit dem remedium ex can. Red. sich ausgebildet hatte, das römische Recht nutzbar zu machen.[4]) Das Bedürfniß, die praktischen Rechtsbedürf-

---

[1]) Obs. lib. 9 cap. 33. lib. 18 cap. 24; paratitla in cod. de poss; notae in § 4 J. per quas pers.

[2]) Obs. lib. 9 cap. 1.

[3]) Obs. lib. 1. cap. 20. lib. 19. cap. 16. Paratitl. in cod. unde vi.

[4]) Obs. 19 cap. 16 sagt Cujacius, daß in den fraglichen Fällen nicht das i. unde vi das geeignete Rechtsmittel sei, quia vis nulla intercessit, sondern das generale interdictum restitutorium momentariae possessionis, quod hodie beneficium redintegrandae possessionis appellamus.

nisse und Rechtsgestaltungen des betreffenden Zeitalters mit den Sätzen des römischen Rechts in Einklang zu bringen, hat auch hier vermöge der Auffassung, daß das römische Recht allen Rechtsbedürfnissen gerecht werden könne, dahin geführt, im römischen Recht die dem Zeitalter, in welchem der Jurist gelebt hat, angehörige Rechtsidee wiederzufinden.

§ 28. Rechtsentwickelung in Deutschland.

a) Allgemeines.

Als das römische Recht in Deutschland Eingang fand, war bei den Italienern die Arbeit der Verschmelzung des römischen Rechts und germanischer Rechtsanschauungen auf dem Gebiete des Besitzes und des Besitzschutzes im Gange, aber noch nicht vollendet. Dies Recht der Italiener galt den Deutschen, ebenso wie den Italienern selbst als das römische Recht, und das canonische Recht mit dem canon Redintegranda und dem caput Saepe wurde als Fortbildung des römischen aufgefaßt. Die Verschiedenheit der theoretischen Behandlung des Rechts bei Franzosen und Deutschen erklärt sich daraus, daß in Deutschland das römische Recht oder das Recht, das als solches galt, mit seiner Weiterentwickelung durch die päpstliche Gesetzgebung die Bedeutung des gesetzlichen Rechts erhielt, während in Frankreich dem einheimischen germanischen Recht schon in früher Zeit der Schutz der Gesetze und damit die Möglichkeit, sich fester zu gestalten, zu Theil wurde. In Frankreich konnte daher die Theorie des römischen Rechts und die Praxis des einheimischen auseinander gehen. In Deutschland war eine solche Trennung ebensowenig möglich, als bei den Italienern. Während es sich aber bei den letzteren, als sie sich mit dem römischen Recht wissenschaftlich zu beschäftigen anfingen, noch erst um die Arbeit der Verschmelzung römischen Rechts und germanischer Rechtsanschauungen handelte, fanden die Deutschen, als sie mit dem römischen Recht bekannt wurden, die Arbeit großentheils gethan. Der Natur der Sache nach übten auch die weiteren Fortschritte der Italiener bis auf Postius ihren Einfluß auf die deutsche Jurisprudenz und Praxis. Außerdem wirkte der Einfluß der Franzosen, besonders aber der des Spaniers Sarmiento, der, wie einige der Franzosen, der Erkenntniß des reinen römischen Rechts die Wege zu weisen bemüht war. In Folge dessen entstanden in der deutschen

Er faßt nämlich den Gegensatz der p. civilis und der p. naturalis in Uebereinstimmung mit Donellus dahin auf, daß die erstere in iure, die andere in facto bestehe, und fügt bei: utraque in vera et iusta possessione concurrunt. In Folge dessen stellt er den Satz auf, daß das i. uti possidetis den Besitz zur Zeit der Litiscontestation nicht mehr erfordere. Diesen Satz kann er natürlich durch das römische Recht nicht begründen. Er erklärt ihn für eine Neuerung, welche das canonische Recht in dem c. licet causam eingeführt habe [1]).

Treutler († 1607) argumentirt in derselben Weise. Auf der einen Seite spricht er von den verschiedenen Arten des Besitzes. Auf der anderen sucht er den Satz von dem Vorzuge der p. antiquior durch das c. licet causam zu erklären, indem er ausführt, daß das i. uti possidetis nach ius civile Besitz zur Zeit der Turbation und zur Zeit der Litiscontestation erfordere, während nach canonischem Recht der Beweis des älteren Besitzes genüge [2]).

In höherem Grade ist Giphanius von den Italienern emancipirt. Die mit der Eintheilung des Besitzes in p. civilis und p. naturalis in Verbindung stehenden Auffassungen der Glossatoren bezeichnet er mit Conanus als Einbildungen kranker Menschen. Einen Vorzug der antiquior possessio beim i. uti possidetis erkennt er nach römischem Recht nicht an. Der Praxis, in welcher jener Vorzug galt, bestreitet er aber darum nicht die Berechtigung. Er leitet diese Berechtigung aus dem c. licet causam ab [3]).

Auffallend rathlos zeigt sich Frider. Er liebt es gegen die Italiener und gegen die deutsche Praxis die Meinungen von Sarmiento und Cujacius vorzuführen. Und doch kann er sich von den alten Traditionen nicht los machen. Nachdem er ausführlich berichtet hat, es werde indistincte angenommen, daß der Dejectus und Spoliatus die p. civilis animo retiniren könne, quia spem certam habet se a magistratu in possessionem, a qua deiectus est, restitutum iri, bekämpft er diese Meinung mit dem Hinweis darauf, daß ihre Annahme das i. unde vi bedeutungslos machen würde. Er billigt den Ausspruch des Cujacius, daß das animo possidere kein

---

[1]) Comment. in pand. tit. de poss. Nro. 3, tit. uti poss. Nro. 4. 5. 6.

[2]) Disput. Vol. II. disp. 25. III. Note 1.

[3]) Lect. in tit. dig. de poss. ad l. 1. pr. Nro. 10; explan. in institut. § 5 de interd., explan. in cod. zu c. 1 uti poss.

fingere se possidere sei. Bald darauf aber stellt er als seine eigene Ansicht den Satz hin, daß der Dejicirte seinen Besitz nicht verliere, sondern ihn fortsetze und das i. uti possidetis habe, si modo isthoc animo sit, quod nolit vel nequeat repelli, sed quod per iudicem velit manuteneri. Dabei wiederholt er den Satz des Menochi: possessionem civilem turbare non desinit, qui naturalem non restituit. Auch gibt er dem Erben ohne Apprehension der zur Erbschaft gehörigen Sachen das i. uti possidetis beim Vorhandensein eines Statuts, welches den Erben ohne Apprehension Besitzer werden lasse. Diese Auffassung führt er darauf zurück, daß die p. civilis die sei, qua quis iuri incumbit und die p. naturalis diejenige, qua quis ipsi corpori vel usui alienius rei insistit. Aber mit richtigem Blick erkennt er, daß bei dieser Behandlung das Ordinarium nicht sowohl ein possessorisches Rechtsmittel, als vielmehr ein petitorisches sei [1]).

Bachov weist nicht blos die Begründung des Vorzugs der p. antiquior durch die Fortdauer der p. civilis zurück, sondern zweifelt die Möglichkeit seiner Begründung überhaupt an, indem er die richtige Meinung aufstellt, das caput licet causam besage nur, daß, wenn beide Theile factischen Besitz beweisen, der obsiegen solle, welcher am längsten besitze. Damit hängt zusammen, daß er dem Dejeectus das Interdict versagt [2]).

In entschiedenen Gegensatz zur recuperatorischen Wirkung des Interdicts stellt sich auch Cludius († 1624). Indem er die Meinung Wesenbeck's bekämpft, nach welcher dem possessor antiquior das Interdict auch dann gegeben sein soll, wenn er längere Zeit nicht besessen habe, behauptet er auf Grund des c. licet causam zwar den Vorzug des älteren Besitzes, weil demselben die Vermuthung, daß er iustior sei, zur Seite stehe, limitirt aber den Satz durch die Ausführung, daß der ältere Besitzer nur obsiege, wenn er auch die p. praesentanea habe. Dem Dejectus gibt er daher zwar das Recht, den Dejicienten wieder zu vertreiben, auch wenn er dazu längerer Vorbereitungen bedarf, aber er versagt ihm das i. uti possidetis [3]).

Wesentliche Erfolge hatten die Schriftsteller, welche das Inter-

[1]) Comment. de interd. tit. VII. de interd. uti poss. Nro. 22 bis 28; comm. XIII Nro. 28.

[2]) Ad Trentl. disput. Vol. II. Nro. 25 Th. III. litt. L.

[3]) Res quotid. cap. 8. sect. 2. Nro. 11. 12. 16. 17. sect. 3 Nro. 11 seq.

dict auf den Fall des actuellen Besitzes des Klägers beschränken wollten, nicht. Nur trat das römische Recht als Quelle des recuperatorisch wirkenden Vorzugs der p. antiquior bei den meisten Späteren zurück. Auch erhielt sich die Controverse, ob der Dejectus das Interdict hätte [1]). Bei diesem Streite handelte es sich aber mehr um eine Schulfrage. In Folge der Ausbildung, welche die a. spolii erhalten hatte, lag kein praktisches Interesse für die Frage vor, ob man den Besitz des Dejicirten als fortdauernd oder als verloren ansah. In jedem Falle war in ausgiebiger Weise für die rechtliche Möglichkeit der Wiederherstellung der Herrschaft auch gegen den dritten Besitzer der Sache gesorgt.

Völlig auf dem Standpunkt der Italiener steht Mevius († 1670). Derselbe vertritt die Praxis des Wismarer Tribunals, das in schneidiger Weise seinen Beruf zu erfüllen verstand, in den durch den westphälischen Frieden an Schweden abgetretenen Theilen Deutschlands die Störungen der Rechtsordnung wieder aufzuheben, welche der dreißigjährige Krieg herbeigeführt hatte. Namentlich sind es die Meinungen des Menochi und des Postius, welche Mevius reproducirt, also derjenigen Schriftsteller, bei denen die Auffassung des auf der Annahme der Fortdauer des Besitzes beruhenden Vorzuges des älteren Besitzes am weitesten ausgebildet ist.[2])

Die Lehre der Schriftsteller, welche den Vorzug der antiquior p. im Anschluß an das richtig verstandene c. licet causam in der Art auffaßten, daß nur bei beiderseitigen Besitzhandlungen der ältere Besitzer den Vorzug haben sollte, wirkte indeß fort. Im Jahre 1705 erschien eine Abhandlung von Lüder Mencke, in der die Ansicht bekämpft wird, daß der Kläger, um obzusiegen, nur den eigenen älteren Besitz und den jüngeren des Beklagten zu beweisen brauche.[3]) Am meisten machte sich der Einfluß Böhmer's († 1749) gegen die recuperatorische Wirkung des Interdicts geltend. Böhmer, welcher mit den Waffen des Holländers Vinnius kämpft, hält, wie Cludius, den Vorzug der p. antiquior aufrecht, und die nova p. des Beklagten, die er von der Vermuthung der claudestinitas betroffen werden läßt, ist ihm eine Störung jener

[1]) Vgl. Hahn in den Noten zu Wesenbeck's Commentar lib. 43 tit. 17. Nro. 5; Brunnemann im Commentar zu l. 17 de poss.

[2]) Decis. p. III. d. 77. 91. p. IV. d. 392. p. VI. d. 172. p. VIII. d. 449.

[3]) Progr. IX in den selectae dissert.

antiquior p. Aber die p. antiquior muß dann, wie bei Cludius, auch ein gegenwärtiger Besitz sein. Der Besitz wird animo nur so lange retinirt, quam diu nobis facultas redicta est, possessionem, cum velimus, iterum adprehendendi, cum ea facultate sublata etiam inviti possidere desinamus neque enim sufficit, ut quis fingat vel putet tantum se possidere.[1])

Böhmer fand Nachfolger. Auch wurde seine Ansicht in die Praxis aufgenommen. Aber vollständig reformirend wirkte auch er nicht. Die entgegengesetzte Meinung hatte fortgesetzt Vertheidiger und theilte die Herrschaft über die Praxis mit der Ansicht Böhmer's. Der gewichtigste Vertreter der alten Ansicht war Leyser († 1752). Er stellt den Satz auf: possessorium ordinarium non in praesente: sed antiquiore possessione .se fundet. Dabei citirt er ein Urtheil der Helmstädter Juristenfacultät vom Jahre 1725 unter Billigung desselben. Darin wird der Unterschied zwischen Summarium und Ordinarium dahin angegeben, daß es bei dem ersteren auf die p. praesens et ultima, bei dem letzteren auf die p. antiquior et iustior ankomme. Der Kläger siegt, weil er den Beweis geführt hat, nicht, daß er, sondern daß sein Amtsvorgänger im Besitz des streitigen Grundstückes sich befunden habe, und die beklagte Partei wird verurtheilt, dem Kläger den Besitz abzutreten. Bemerkenswerth ist die Art, wie Leyser sich mit der p. civilis und der p. naturalis aus einander setzt. Es sind, so sagt er, von Anfang an so verschiedenartige und so wenig gelungene Erklärungsversuche gemacht worden, ut nunc nemo sit, qui confusionem tollere queat. Zu einer Aufklärung darüber, wie Azo das Verhältniß aufgefaßt habe, fordert er mit den Worten heraus: vide modo et explica mihi, si potes, Azonem in summa tit. c. de adq. poss. Nro. 14 seq. Er selbst will das Problem der Erklärung der p. civilis ebenfalls nicht lösen: agnosco immedicabile vulnus, cui plene mederi nec ipse audeo, sed interim, cum melior via non appareat, recentionibus accedo und nun nennt er possessor civilis denjenigen, qui voluntatem et spem habet rem suam ab altero occupatam recipiendi.[2]) Nach Leyser ist kein ernstlicher Versuch mehr gemacht

---

[1]) Exercit 90 ad lib. 43 pand. tit. 1. cap. 2. §§ 2. 4. 6.

[2]) Med. ad pand. sp. 451 ad lib. 41 tit. 2. Nro. 1 bis 5. sp. 499 Nro. 7.

worden, den Vorzug der antiquior possessor auf die Fortdauer der p. civilis zurückzuführen.

Mit Böhmer und Leyser ist die Entwickelung auf dem Gebiete des gemeinen Rechts zu Ende. Was auf diesem Gebiete noch folgt, ist ohne Interesse. Der Kampf zwischen den beiden Richtungen dauerte fort, bis der Einfluß Savigny's die Klage aus dem älteren Besitze vollständig aus der Praxis der gemeinrechtlichen Gerichtshöfe beseitigte. Der Versuch Delbrück's, ihr wieder Aufnahme zu verschaffen, hat keinen Erfolg gehabt.

Als die p. civilis der Italiener damit ihre Bedeutung allmählich verlor, daß man den Grund des Vorzugs der p. antiquior nicht mehr ausschließlich in der angenommenen Fortdauer der p. civilis fand, verschwand nach der Natur der Sache auch der Ausdruck: possessio civilissima. Schneidewin erörtert noch in der Weise der Italiener die Frage, ob die p. civilissima eine besondere Besitzart neben der p. civilis und der p. naturalis sei. Die Frage wird von ihm verneint. Er nimmt an, daß die Verschiedenheit nur im Erwerbe liege, indem die p. civilissima sine actu apprehensionis vero vel ficto erworben werde.[1]) Bei der Späteren fällt diese Controverse fort. Aber man streitet über die Frage des materiellen Rechts, ob der Erbe ohne Apprehension Besitzer der einzelnen Erbschaftssachen werde. Manche nehmen ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht, durch welches das römische Recht in dem fraglichen Punkte abgeändert sei, an. So Benedict Carpzov. Derselbe spricht von einer generalis locorum fere omnium consuetudo, nach welcher nicht blos das dominium, sondern auch die possessio der Erbschaftssachen ipso iure ohne Erbschaftsantritt und ohne Apprehension auf den Erben übergehe, und er sucht die Meinung, daß der Erbe gegen einen Occupanten von Erbschaftssachen auf die interdicta et praecepta manutenentiae Anspruch habe, darauf zu gründen, daß in solcher Occupation eine Turbation der quasi possessio iuris occupandi haereditatem et apprehensionem possessionis realis liege.[2]) Andere sagen, der Satz, daß der Erbe ohne Apprehension Besitzer

[1]) Comment. in instit. zu § 5 de interd. Nro. 91.

[2]) Decis. 225 Nro. 21 seq. — Friber gibt ein remed. recup. poss. gegen den, der sich einer Erbschaftssache vor der Apprehension derselben durch den Erben bemächtigt hat, indem er eine Dejection aus der quasi possessio facultatis adeundi ingrediendi annimmt.

der einzelnen Erbschaftssachen werde, gelte zwar nicht kraft allgemeinen Gewohnheitsrechts, könne aber für einen bestimmten Bezirk durch Gewohnheitsrecht eingeführt sein. Die Möglichkeit, daß ein solches Recht sich bilde, wird, soviel bekannt, nicht bestritten. Selbst Böhmer bestreitet nur, daß ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht geltend gemacht werden könne: quis enim de universali Germanorum consuetudine testari poterit? [1])

§ 30. c. Das Possessorium summariissimum.

Das Summariissimum wurde mit allen Streitfragen, die mit ihm in Verbindung standen, in Deutschland übernommen. Es erhielt demnächst eine gesetzliche Regelung in der Reichskammergerichtsordnung vom Jahre 1548. Darin war bestimmt, daß bei streitigem Besitz unter Reichsunmittelbaren, wenn Empörung, Weiterung oder Aufruhr zu befürchten wäre, das Gericht nicht blos auf Antrag einer Partei, sondern auch von Amtswegen einzuschreiten, nach summarischer Untersuchung der Besitzfrage den Besitz bis zur Entscheidung im ordentlichen Processe der einen Partei zuzusprechen oder denselben zu sequestriren und Besitzausübungshandlungen zu verbieten befugt sein sollte. Die Regelung geschah auf den Antrag des Reichskammergerichts selbst, und dieser Antrag wurde durch die Stellung veranlaßt, welche die evangelischen Reichsstände zu den Entscheidungen des Reichskammergerichts einnahmen.[2]) Inhalts des von den Kurfürsten von Mainz und von der Pfalz am 23. Juli 1532 geschlossenen Religionsvergleichs, der die Zustimmung des Kaisers erhalten hatte, sollten die Reichsstände der Religion wegen sich nicht mehr gegenseitig beunruhigen und die Kammergerichtsprocesse gegen die Evangelischen bis zur Aufnahme evangelischer Räthe in das Gericht sistirt werden. Das Gericht fuhr jedoch fort, Entscheidungen über die Wiederherstellung eingezogener Klöster und geistlicher Besitzungen gegen die evangelischen Fürsten in possessorio summariissimo abzugeben, und die

[1]) l. c. § 7.

[2]) Bruns, Recht des Besitzes S. 376 ff., führt das Widerstreben deutscher Reichsstände gegen das fragliche Rechtsmittel auf die Gewohnheit, Besitzhändel durch gewaltsame Selbsthilfe zu erledigen, und (S. 380) auf die Selbstsucht der deutschen Fürsten zurück. Ich will die deutschen Reichsstände gegen den Vorwurf der Hinneigung zu gewaltthätigem Handeln nicht in Schutz nehmen. Aber hier waren wesentlich andere Interessen im Spiele.

davon betroffenen Fürsten erkannten solche Entscheidungen nicht an. Schon dem Reichstage vom Jahre 1532 lag ein Antrag des Reichskammergerichts vor, ihm das Recht zum Summariissimum oder doch zu Sequestrationen und Inhibitionen gegen die Fürsten förmlich einzuräumen. Der Antrag wurde abgelehnt, jedoch im Jahre 1547 wiederholt gestellt. Diesmal fand er trotz des namentlich von kurpfälzischer Seite dagegen erhobenen Bedenkens Billigung und Aufnahme in die Reichskammergerichtsordnung vom Jahre 1548. Auf dem augsburgischen Reichstage vom Jahre 1555 suchten einige Reichsstände die fragliche Bestimmung wieder zu beseitigen, jedoch ohne Erfolg; und nachdem derselbe Reichstag die augsburgischen Religionsverwandten als Religionspartei neben den Katholiken reichsgrundgesetzlich anerkannt und die Zulassung evangelischer Beisitzer im Reichskammergericht ausgesprochen hatte, fand ein weiterer Angriff gegen die in Rede stehende Bestimmung nicht mehr statt.[1])

Diejenigen deutschen Juristen, welche gegen die Theorie der Italiener betreffs der p. civilis, des Vorzugs der p. antiquior, der recuperatorischen Wirkung des i. uti possidetis auftraten, wandten dieselben Waffen, mit denen sie jene Theorie bekämpften, auch gegen das Possessorium summariissimum in der Gestalt, die ihm von den Italienern gegeben worden war. Aber bei der gesetzlichen Grundlage,

[1]) Dagegen wurde die Art der Handhabung des Summariissimums durch das Reichskammergericht noch wiederholt zum Gegenstand von Angriffen gemacht, zumal nach dem westphälischen Frieden, als die evangelischen Reichsstände den status anni decretorii wiederherstellen wollten, und man sich dagegen katholischer Seits mit dem Summariissimum wegen der vorgenommenen letzten Besitzhandlungen zu schützen suchte. So heißt es in einem von dem churbraunschweigischen Gesandten 1723 am kaiserlichen Hofe übergebenen Promemoria: Man will sogar den so theuer festgestellten statum anni decretorii nicht mehr für die beständige normam in causis ecclesiasticis walten lassen, sondern contra illum statum — ein in Religionssachen unmöglich stattfindendes summariissimum statuiren —; und in einer an den Kaiser gerichteten Vorstellung des corpus evangelicorum vom Jahre 1730 wird gesagt: Ein förmliches p. summariissimum, welches den impetrantischen Theil in possessione momentanea schützt und eo ipso aus wesentlichen gravatis vermeintliche gravantes macht, ignoriren die Reichsconstitutionen schlechterdings. — Ludolf, symph. Vol. I. cons. 37 p. 912 und obs. III Nro. 275, so wie Strube, rechtl. Bedenken Ausg. v. Spangenberg Bd. 3 S. 412 (Nro. 759 II. b.) wollen das Summariissimum auch in Religionssachen gelten und es nur dann nicht stattfinden lassen, wenn damit der Wiederherstellung des status anni decretorii in den Weg getreten werden soll.

welche dies Rechtsmittel erhalten hatte, mit der man sich also abfinden mußte, bestand das Höchste, was sich erreichen ließ, darin, daß das Summariissimum auf die Voraussetzungen, unter denen die Reichskammergerichtsordnung es zuließ, beschränkt, ihm also die Gestalt gegeben wurde, auf die es darnach Anspruch hatte. Denjenigen, welche das Rechtsmittel nur darum anerkannten, weil, und nur so weit, als es reichsgesetzlich eingeführt war, trat freilich das Bedenken entgegen, daß man consequenter Weise nur bei dem Kammergericht, nicht bei den Territorialgerichten das Rechtsmittel zulassen durfte. Diese Frage ist in der That erörtert worden [1]).

Giphanius sagt: Non tantum in Germania, sed in universa Europa alius ordo tam a veteri quam a Justianico diversus in forum introductus est, credo, ut pleraque ignorantia morum veterum confirmata per pontifices Romanos. Nam hodie partiuntur iudicia in petitoria et possessoria: possessorium autem faciunt duplex, — summarium et plenarium. Diese Zweitheilung bekämpft er als des gesetzlichen Bodens entbehrend. Das reichsgesetzlich bestehende Rechtsmittel aber, das possessionis litigiosae remedium, wie er es nennt, bringt er mit dem i. unde vi in Verbindung. Den bloßen Detentoren versagt er das Rechtsmittel [2]).

Auch Frider bekämpft mit Sarmiento die Lehre von einem duplex possessorium. Er nennt die Theorie inept, lächerlich und ganz absurd, und spricht von einem somnium nullibi in iure fundatum. Seine Ansicht läuft aber nur darauf hinaus, daß das „possessorium extraordinarium" oder „momentaneum" nicht zum Schutz der possessio, sondern im Interesse des öffentlichen Friedens eingeführt sei [3]).

Cludius meint zwar, daß das Rechtsmittel im gemeinen Recht seinen Ursprung habe, nicht blos auf der Reichskammergerichtsordnung beruhe, und findet hierin die Erklärung dafür, daß dasselbe bei allen Gerichten in Geltung sei. Aber er bestimmt doch die Erfordernisse des Rechtsmittels nach der Kammergerichtsordnung und nimmt insbesondere an, daß es nur bei praesens periculum armorum et scandali stattfinde. Auch weist er, indem er dafür hält,

[1]) Vgl. Boehmer exercit. 90. c. 3. § 2.

[2]) Explan. in institut. § 8 de interd., prolegom. ad cod. de interd., explan. in cod. c. 1 uti poss.

[3]) Comment. de interd. 13. Nro. 24. 13 Nro. 5. 26. 27. 39.

daß die Befürchtung eintretender Waffengewalt klar vorliegen müsse, die Meinung derjenigen zurück, welche dem reichsgesetzlichen Erforderniß in der beliebten Weise mit einer aus dem vorliegenden Streit über den Besitz herzunehmenden Präsumtion beikommen wollten. Dabei macht er in einem nicht aufgeklärten Widerspruch zu der Ableitung des Rechtsmittels aus dem gemeinen Recht geltend, daß das Reichsgesetz eine lex odiosa sei, welche dem gemeinen Recht derogire und daher strict aufgefaßt werden müsse. Auf der anderen Seite bezeichnet er das Rechtsmittel wieder als identisch mit dem althergebrachten officium iudicis und leitet daraus die Ermächtigung des Richters ab, auch ohne Antrag einer Partei einzuschreiten, ebenso wie er es bei der bloßen detentio asinaria stattfinden läßt. Präparatorisch wird das Summariissimum von ihm genannt in demselben Sinne, in welchem Postius die Beziehung desselben auf einen anderen Proceß, sei dieser das Ordinarium oder das Petitorium, auffaßt [1]).

Der Versuch, das duplex possessorium zu beseitigen, hatte keinen Erfolg. Carpzov macht gegen Frider geltend, daß mit solchem Versuch opera et oleum verloren werde [2]). Dagegen herrscht bei den Theoretikern des siebenzehnten Jahrhunderts die Ansicht vor, daß timor armorum Voraussetzung des Summariissimums sei. Die Praxis hielt sich indeß mehr an die Lehre der Italiener, welche jene Voraussetzung nicht anerkannten. Der Anspruch der Detentoren auf das Rechtsmittel war nahezu unbestritten. Die entgegengesetzte Ansicht des Siphanius blieb ohne Nachfolge. Auch die präparatorische Natur des Rechtsmittels hielt man fast allgemein fest. Daher wurde dasselbe von den Meisten nur zur Erhaltung, nicht zur Wiedererlangung des Besitzes gegeben [3]).

---

[1]) Res quotid. cap. 4 Nro. 42. 59. 61 seq. 102. 122 seq. cap. 6 Nro. 32. 40. 62 seq.

[2]) Respons. lib. 1 tit. 2 resp. 9 Nro. 11. 12.

[3]) Auch Leyser, medit. sp. 499 Nro. 2 sp. 505 Nro. 4 läßt das Rechtsmittel nur zum Zweck der Erhaltung des Besitzes zu. Aber man kann nach ihm die a. spolii dem Summariissimum adminisciren. — Strube, rechtliche Bedenken Nro. 756, will auch den Spoliirten zum Summariissimum zugelassen wissen oder, was dasselbe ist, die Anstellung der a. spolii im Summariissimum gestatten. Sachlich ist zwischen Strube und Leyser kein großer Unterschied. Denn

Im achtzehnten Jahrhundert dauerte der Streit, ob timor armorum Erforderniß des Rechtsmittels sei, fort. Der Streit hing mit der Controverse der Zweitheilung des Possessoriums zusammen. Böhmer, welcher die schon von Giphanius und Frider geführten Waffen des Spaniers Sarmiento gegen die Zweitheilung des Possessoriums vom Standpunkt des römischen Rechts wieder aufnahm, ließ mit der Reichskammergerichtsordnung das Rechtsmittel nur zu, wenn eine laesio pacis publicae zu gewärtigen war. In Ansehung der Voraussetzungen und Wirkungen des Rechtsmittels ist sein Standpunkt von dem des Cludius nicht wesentlich verschieden. Der Richter soll befugt sein, von Amtswegen einzuschreiten. Der Unterschied des Summariissimums vom Ordinarium wird dahin bestimmt, daß es sich bei dem letzteren de quantitate et qualitate possessionis und um die Frage, welcher Besitz der ältere und welcher vi, clam, precario erworben sei, handle, daß es dagegen bei dem ersteren blos auf das factum possessionis praesentaneae ankomme. Das Summariissimum wird auch dem Detentor gegeben. Das Urtheil soll dahin ergehen, daß der Kläger — oder der Beklagte — in der possessio momentanea so lange zu schützen sei, bis der Gegner im Possessorium ordinarium oder im Petitorium ein anderes ausgeführt habe. Auffallend ist, daß Böhmer trotz seiner freieren Stellung den Italienern gegenüber sich soweit auf den Standpunkt des Postius stellt, daß er den Rath gibt, in casu litigiosae possessionis nicht Worte zu gebrauchen, die mehr auf Spolium, als auf Turbation schließen lassen [1]. Es scheint ihm also möglich zu sein, daß auch der, welcher nicht mehr die actuelle Macht über die Sache hat, das Summariissimum anstellen kann, wenn er nur behauptet, daß er noch im Besitze sei. — Aber Böhmer hatte auf die Praxis so wenig Einfluß, wie die älteren Schriftsteller, welche das Requisit des timor armorum aufrecht hielten, und selbst die meisten späteren Schriftsteller beschränkten das Rechtsmittel nicht mehr auf das reichsgesetzliche Requisit, ließen dasselbe vielmehr bei

---

nach Leyser steht es beim Dejicirten, seine p. civilis animo zu retiniren, so daß das Summariissimum, wenn es vom possessor civilis gegen den p. naturalis angestellt wird, recuperatorisch wirkt.

[1] Exercit. 90 cap. 1 § 2 cap. 3 §§ 1. 2. 3. 5. 6. 8. 13.

jeder Besitzstörung zu [1]). Ob ein bloßes Bestreiten des Besitzes genüge, war controvers. Auch über die Zulassung der exceptio vitiosae possessionis wurde gestritten. Leyser will, wie schon Postius, die Frage von dem praktischen Gesichtspunkte aus beantwortet wissen, daß die exceptio zuzulassen sei, wenn sie ohne weitläufige Untersuchung liquide gestellt werden könne [2]).

§ 31. d. Das remedium ex can. Red.

Das remedium ex can. Red. gelangte in der Gestalt, welche es in der Praxis der Italiener erhalten hatte, nämlich als Klage des älteren Besitzers, der seinen Besitz nicht freiwillig aufgegeben hatte, gegen den jeweiligen Besitzer auf Einräumung der Sache, in der Praxis der deutschen Gerichte zur Herrschaft und erhielt sich in derselben bis in das achtzehnte Jahrhundert. Als Voraussetzung des Rechtsmittels hielt man formell die Spoliation des Klägers fest, verlangte aber den Beweis derselben nicht, sondern sah den Kläger als spoliirt an, wenn sein älterer Besitz und der gegenwärtige des Beklagten fest stand, und ließ den Beklagten zum Gegenbeweise zu, daß der Kläger den Besitz freiwillig aufgegeben habe (actorem sponte a possessione cecidisse). Bestritten war, ob die Klage auch dem Detentor zu geben sei. [3]) Von den Meisten wurde sie zugelassen, freilich mitunter aus recht wohlfeilem Grunde. Brunnemann hält die Behauptung des Beklagten, der Kläger habe nicht in eigenem Namen besessen, für eine exceptio de iure tertii. [4]) Der spoliirte

---

[1]) Pufendorf introd. in proc. civ. I. c. 6 § 4; Berger elect. proc. poss. §§ 3. 5; Thibaut System Th. I. § 232; Schweppe Privatrecht Bd. 3 §§ 559; Linde Civilproceß § 344; Gönner, Proc. Th. 4 Abh. 79. § 21; Biener syst. proc. iud. lib. 4 cap. 8 § 262 seq. — A. M. ist Klaproth, Einl. in die summ. Proc. § 31. Er verlangt die Besorgniß grober Thätlichkeiten, meint aber, daß diese bei Jagd-, Forst-, Hude-, Zehnt- und Erndtestreitigkeiten immer zu besorgen seien. Die Praxis schwankt: das Ob.-Trib. in Stuttgart (S.A. Bd. 4 Nro. 121) fordert die dringende Besorgniß eines Ausbruchs von Gewaltthätigkeiten, die Juristenfacultät in Göttingen (S.A. Bd. 18 Nro. 251) verlangt nur einen Streit über den Besitzstand und die Behauptung des Klägers, daß er sich im jüngsten Besitz befinde und vom Kläger darin gestört sei.

[2]) Medit. sp. 508. Nro. 5.

[3]) Die Controverse übernahm man von den Italienern. Menoch. comment. de recup. poss. remed. XV Nro. 49 seq. trägt den Stand der Controverse vor.

[4]) Comment. in pand. zu l. 8 de vi et de vi.

Detentor ist also auf das von Alciat suppeditirte Aushilfsmittel angewiesen, zu behaupten, daß er Besitzer gewesen sei.

Die Theorie konnte freilich die Bedenken, welche die hervorragendsten der italienischen Juristen gegen die gesetzliche Begründung des Rechtsmittels vorgebracht hatten, nicht überwinden. Geyl bekämpfte, schon ehe der Einfluß der Franzosen, Holländer, Spanier sich geltend machte, die Haftung des dritten redlichen Besitzers der Sache.[1]) Giphanius führt Innocenz IV, Bartolus, Ripa, Menochi, Cujacius gegen das Rechtsmittel in seiner Auffassung als eines remedium novum et aliis pinguius vor, und meint, daß der canon Red. das i. unde vi im Auge habe. Auch gegen das von Manchen adoptirte interdictum generale des Cujacius spricht er sich mit den Worten aus: non temere videtur accipiendum, neque enim ullum est generale interdictum aut certe non aliud, quam i. unde vi.[2]) Bachov bemerkt in Bezug auf die Haftung des redlichen Besitzers aus dem can. Red., daß den letzteren nimium, quam par est, produxisse videntur interpretes.[3]) Joh. Harpprecht und Ziegler lassen gegen den dritten redlichen Besitzer nur das remedium ex c. Saepe zu.[4]) Mevius sieht sich genöthigt, um die Haftung des dritten redlichen Besitzers aufrecht zu halten, das officium iudicis ob aequitatem manifestam zu Hilfe zu nehmen. Dabei entwickelt er einen auffallenden Reichthum an Gründen, die aber mehr darauf berechnet sind, die praktische Unentbehrlichkeit des Rechtsmittels in der angegebenen Ausdehnung darzuthun, als ihm einen theoretischen Halt zu geben.[5]) Brunnemann meint, die Haftung des dritten redlichen Besitzers könne auf den canon Red., der älter sei, als das caput Saepe, nicht gestützt werden; aber die Praxis sei nun einmal nicht zu ändern (ideoque sententia illa Doctorum a textu aliena, sed non sunt mutanda ea).[6]) Wernher sagt, daß der Haftung des dritten redlichen Besitzers magis usus fori, quam

---

[1]) Obs. II, 75 Nro. 10 bis 12.

[2]) Explan. in libr. VIII cod. prolegom. de remed. poss. marg. de cap. Reint.

[3]) Ad Treutl. disput. II. 25 thes. 6 D.

[4]) Harpprecht comment. in institut. § 6 de interd. Nro. 22 seq; Ziegler prael. in decr. zum canon Red. Der Letztere spricht dem Canon alle Bedeutung ab, weil er auf Betrug und Fälschung beruhe.

[5]) Decis. p. 8. Nro. 383.

[6]) Comment. in pand. zu l. 7 de vi et de vi.

certa iuris principia zur Seite stehen.[1]) Peter Müller († 1696) bemerkt (zu Struvius' syntagm. iur. civ.), daß das remedium ex c. Saepe um fünfzig Jahre jünger sei, als das rem. ex can. Red., läßt sich aber dadurch nicht hindern, die letztere Klage mit Struvius einem jeden, der quovis modo sine iusta causa dejicirt sei, gegen jeden dritten Besitzer in der Art zu geben, daß der Kläger den Beweis des Spoliums nicht anders als durch seine antiquior possessio zu führen braucht.[2])

Allen theoretischen Bedenken hielt das Rechtsmittel Stand, ein Beweis, in welchem Grade das praktische Bedürfniß für dasselbe sprach. Die Religionswirren des sechszehnten und siebenzehnten Jahrhunderts und die während des dreißigjährigen Krieges erfolgte Zerrüttung der Eigenthums- und Besitzverhältnisse haben dem Rechtsmittel und seiner constanten Festhaltung durch die Praxis wohl den besten Vorschub geleistet, ebenso wie die Unsicherheit von Besitz und Eigenthum in Italien während des Mittelalters die Ausbildung der Klage auf italienischem Boden förderten. Erst im achtzehnten Jahrhundert wurde das Rechtsbedürfniß in Deutschland ein anderes.

Den Versuch anderweiter gesetzlicher Begründung des Rechtsmittels bei der unbestreitbar gewordenen Unmöglichkeit, diese Begründung im canon Red. zu finden, machte noch Böttcher, indem er eine Reihe anderer Stellen des corp. iur. can. als solche Grundlage bezeichnete.[3]) Von da ab vertauschte die Klage ihre Bezeichnung als remedium ex can. Red. mit dem Namen actio spolii. Aber trotz dieser neuen Auffrischung erhielt sich die Klage in der alten Gestalt nicht mehr lange in der Praxis. Was Wohlthat gewesen war, wurde Plage. Man klagte über Chicane, zu der die Zulassung der Klage gegen den dritten Besitzer, auch wenn demselben keine mala fides nachgewiesen werden konnte, Veranlassung gab.[4]) Der Rechtszustand hatte sich nach dem westphälischen Frieden allmählich con-

[1]) Sel. obs. for. tom. 2 p. 6 obs. 328.

[2]) Struv. exercit. 45 Th. 108. 113 c. annot. Pet. Mülleri.

[3]) D. de actione spolii.

[4]) Zumal mit Rücksicht auf die Nichtverjährbarkeit des Rechtsmittels. Schon die Aelteren klagen hierüber. cf. Frider comment. de interd. IX Nro. 1 bis 15. Herculis manibus clavam excutere facilius est quam pravas opiniones detrudere ex curia — heißt es dort mit Rücksicht auf die von der rota Romana immer festgehaltene Nichtverjährbarkeit.

solidirt. Damit war die Erschütterung der Stellung des Rechtsmittels in der Praxis verbunden. Einmal fiel die aus der antiquior possessio hergeleitete Vermuthung für die Spoliation des Klägers weg. Dann wurde auch die Haftung des dritten redlichen Besitzers beseitigt. In dieser Gestalt erscheint das Rechtstitel bei Böhmer. Spolium definirt derselbe als iniqua privatio possessionis quomodocunque facta. Dies Requisit des Rechtsmittels muß der Kläger beweisen. Eine Vermuthung der Spoliation aus älterem Besitze wird nicht anerkannt. Insoweit fallen die Voraussetzungen des Rechtsmittels mit denen des interdictum generale des Cujacius zusammen. Die Klage geht gegen den Spolianten und auf Grund des c. Saepe auch gegen den dritten malae fidei possessor.[1] Böhmer's Zeitgenosse, Leyser, hielt die Klage in ihrer alten Bedeutung fest.[2] Spätere suchten die alte Praxis gegen Böhmer zu retten, jedoch ohne Erfolg. Am Ende des achtzehnten Jahrhunderts war sowohl die durch den älteren Besitz begründete Vermuthung der Spoliation, als auch die Haftung des dritten redlichen Besitzers von der Judicatur aufgegeben. Der Streit darüber, ob das Rechtsmittel dem Detentor zu geben wäre, dauert dagegen noch jetzt fort (vgl. oben § 21 a. E.)

§ 32. Das Recht zum Besitze im Besitzprozeß.

a. Einleitung.

Der älteste Versuch eines Hineinziehens des Rechts zum Besitz in den Besitzproceß wird in einem vom Präfectus urbi Symmachus an den Kaiser Theodosius erstatteten Bericht erwähnt, mit welchem Symmachus die Appellation der beklagten Partei gegen das in einem Processe auf das interdictum unde vi von ihm gesprochene Urtheil dem Kaiser übersendet. Inhalts des Berichts hat der Präfect den Versuch zurückgewiesen; die Vertreter der beklagten Partei sind dagegen mit einer kaiserlichen Constitution hervorgetreten, welche dem Richter zwar nicht die Pflicht auflege, wohl aber die Ermächtigung gebe, in einem Streite über den Besitz, wenn der Fall entsprechend liege (si casus tulerit) auch über das Recht zum Besitze

[1] Exercit. 91 ad pand. lib. 43 tit. 16. De depravato except. spol. statu §§ 3. 4.

[2] Medit. sp. 505 Nro. 1.

hat den Fall nicht für geeignet
e zu entscheiden, vielmehr die
cesse verwiesen, und auf Grund
tei zur Restitution des Besitzes
genommenen Constitution ist
nur eine sehr vorübergehende
ianische Recht weiß von dem
n den Besitzstreit so wenig wie

rs tritt bei allem Besitzschutze
ze in den Vordergrund. Dies
mal in der Zulassung der Cu-
ge aus dem Rechte, als dessen
nn in der Bedeutung des Titels
lich in der Zulassung der ex-

Petitoriums und des
iums.

rste, der die Zulässigkeit der Cu-
essorium aussprach. Bemerkens-
ze nach ihrem Standpunkte von
oder rühmend (Hostiensis) er-
er die lex divina — dem rigor
r. Savigny läßt unentschieden,
Martinus nachgerühmten Hervor-
ius civile ein näherer Anschluß
e Hinneigung zur natürlichen
die unter den Glossatoren aus
ulässigkeit der Cumulation statt-
und Accursius nähere Auskunft.[3])
ecretale des Papstes Cölestin III.
us eine solche von Innocenz III.

M. A. Bd. 4 S. 129 ff.
. p. 386 sep.; Acc. gl. si de vi zu

aus dem Jahre 1202.[1]) Schon die gedachte Verfügung Cölestins zeigt, daß die Zulässigkeit der Cumulation zu jener Zeit in der Praxis wenigstens der geistlichen Gerichte außer Zweifel gestanden hat. Damit, daß Accursius der Ansicht des Martinus vor der entgegenstehenden des Bassianus und Azo den Vorzug gab, wurde der Satz, daß die petitorische Klage mit der recuperatorischen Besitzklage cumulirt werden könnte, zum Dogma erhoben. Die Cumulation der petitorischen Klage mit dem interdictum uti possidetis hielten Hugolinus und Accursius wegen des Widerspruchs, den sie in solcher Cumulation fanden, für unzulässig. Die meisten Späteren ließen sie, als die recuperatorische Wirkung des i. uti possidetis in den Vordergrund trat, für den Fall zu, wenn der Kläger die possessio naturalis des Beklagten als eine Störung seines animo retinirten Besitzes ansprach.[2])

Als die Rechtswissenschaft sich von den Traditionen der Italiener befreite, hatte man in dem oben erwähnten Bericht des Symmachus an Theodosius immer noch eine Handhabe, um den Satz von der Zulässigkeit der Cumulation als einen römischrechtlichen hinstellen zu können. Auch Cujacius machte davon Gebrauch.[3]) Andere folgten ihm.[4]) Auch eine elective oder alternative Cumulation des i. uti possidetis mit der rei vindicatio wurde von Manchen zugelassen, die Verbindung beider Klagen also nur dann ausgeschlossen, wenn der Besitz des Klägers unbestritten war.[5]) Erst der Einfluß Savigny's verdrängte den Satz von der Statthaftigkeit der Cumulation des Petitoriums mit dem Possessorium aus der Praxis.

Angefochten war der Satz auch schon vor Savigny, besonders energisch von Giphanius und Böhmer. Nach Giphanius ist der Satz eins der contra ius commenta glossographorum inventa et in forum deducta. Böhmer spricht von den Absurditäten und Träu-

---

[1]) c. 5. ibid.; cf. c. 3. 4. 6. l. c.

[2]) Nach dem Vorgange des Bartolus, comment. in l. 12 § 1 de poss. N. 10 seq. 16. 19. cf. Zasius ennarat. in institut. § 34 de act. Nro. 17; Menoch. de retin. poss. III Nro. 522; Frider comment. de interd. 20 Nro. 19 seq.

[3]) Obs. lib. 7 cap. 38.

[4]) z. B. Cludius in den res quotid. c. 1 Nro. 165.

[5]) Cujacius und Cludius a. a. O. Die Zulässigkeit der Cumulation des Petitoriums mit dem remed. retin. poss. blieb übrigens immer angefochten (Carpzov iurisprud. for. II. 7. def. 9. 10.)

mereien der Glossatoren, und Martinus wird von ihm als derjenige, qui primus id commentum in scenam produxit, ausgescholten. Beide Schriftsteller erkannten übrigens die Zulassung der Cumulation durch das canonische Recht an.[1]) Die Angriffe hinterließen daher keine bemerkbaren Spuren.

§ 34. c. Die Bedeutung des Titels im Besitzproceß.

Mit der Lehre von dem Verzuge der antiquior possessio bildete sich die Theorie von der Bedeutung des Titels im Besitzproceß aus. Die Theorie lehnte sich zum Theil an das c. licet causam an. Zu dem in demselben vorgetragenen thatsächlichen Material der getroffenen Entscheidung gehörte, daß die Klägerin einen Titel ihres Besitzes bewiesen hatte. Der Titel wirkte bei der Entscheidung adminiculirend. Er verstärkte den aus den älteren Besitzhandlungen, welche von der Klägerin bewiesen waren, sich ergebenden Schluß darauf, daß die Besitzhandlungen der Beklagten fehlerhafte wären, und daß in ihnen eine Störung des Besitzes der Klägerin läge.

Die Späteren stellten mit Zuhilfenahme der Autorität Innocenz' III., der sicher an nichts weniger gedacht hatte, als an die Möglichkeit dieser Auffassung seiner Entscheidung, den Satz auf, daß mit dem i. uti possidetis, wenn von beiden Theilen ein gleich alter Besitz bewiesen wäre, diejenige Partei siegen müßte, die einen Titel ihres Besitzes beigebracht hätte. So Bartolus und die späteren Italiener bis auf Menochi und Postius: der ältere Besitz hatte den Vorzug, weil der jüngere die Vermuthung der Unrechtmäßigkeit gegen sich hatte. Ließ sich danach der Streit nicht entscheiden, so gewann die Partei, welche einen Titel ihres Besitzes nachweisen konnte.[2])

---

[1]) Giphan. explan. in institut. § 4 de interd.; in cod. c. 3 de interd.; Boehmer exercit. 17 § 9 exercit. 90 cap. 1 § 10.

[2]) Es liegt in der Natur der Sache, daß für die Frage, wer antiquior possessio habe, der Titel, den die eine oder die andere Partei nachweisen konnte, regelmäßig entscheidend sein mußte. Der gegenwärtige Besitzer wird daher meist genöthigt gewesen sein, mit seinem Titel hervorzutreten, um bei einem Streit über die antiquior possessio obzusiegen. Delbrück, dingliche Klage S. 187, hat hieraus eine Theorie von der Pflicht des gegenwärtigen Besitzers zur Angabe des Besitztitels entwickelt, als dessen ersten Urheber er Placentinus hinstellt. Die von ihm unvollständig mitgetheilte Stelle aus Placentin's summa in cod. de rei vind. lautet in vollständiger Fassung wie folgt: Sed et illud notandum

Bewiesen beide Theile einen Titel, so siegte derjenige, dessen Titel der ältere oder der bessere war. Wer also Eigenthum behaupten und beweisen konnte, gewann den Proceß, sofern der Gegner nicht etwa darzuthun vermochte, daß ihm Jener oder ein Anderer, dessen Verfügung derselbe anzuerkennen verpflichtet war, ein Recht zum Besitz eingeräumt hatte.

Die Frage, ob schon die Klage auf Schutz im Besitz die Angabe eines Titels erfordere, wird häufig erörtert, von den meisten aber für die regelmäßigen Fälle des Besitzschutzes verneint. Man motivirte dies damit, daß der Titel,. d. h. das Recht zum Besitz, aus dem Besitz selbst zu präsumiren wäre.[1]) Im Besitz wurde also das Recht zum Besitz geschützt. Daher bedurfte es einer Angabe des Rechts zum Besitz nicht, wenn dies Recht in der actuellen Macht über die Sache sich manifestirte oder doch manifestirt hatte, bevor die Sache in die reale Macht des Gegners gekommen war, und wenn die aus jener Manifestation für das Recht zum Besitz sprechende Vermuthung nicht von vornherein durch entgegenstehende Umstände geschwächt oder beseitigt erschien.[2]) Daraus ergeben sich die Fälle

est, quod dicitur, res alienas possidentem non debere restituere, nisi suam intentionem implenti, debet intelligi, vel quasi implenti, ut c. eod. l. ult. Hoc autem fit tribus modis, alias propter personam, ut si filius vindicet, alias propter causam, ut si quis probet se retro possedisse, alias propter titulum centumviralis actionis. Quippe in hac actione non petitor, sed possessor suae possessionis titulum dicere cogitur et probare. Delbrück bezieht die Pflicht zur Angabe des Besitztitels auf das retro possedisse, meint also, daß wenn der Kläger älteren Besitz nachweise, der Beklagte, um obzusiegen, seinen Titel angeben und beweisen müsse. Die Stelle besagt aber nichts weiter, als daß der mit der actio centumviralis d. h. der pereditatis petitio, Beklagte verflichtet sei, sich zu erklären, aus welchem Titel er besitze. Sie steht im Zusammenhange mit dem zum tit. de petit. her. abgegebenen Ausspruch Placentins: petitione hereditatis possessor cogitur dicere titulum suae possessionis, rei vindicator minime. Placentin gibt, soweit er von der Verpflichtung zur Angabe des Besitztitels spricht, nur der bekannten Wahrheit 'Ausdruck, daß bei der hereditatis petitio, wenn eine Sache als zur Erbschaft gehörig angesprochen werde, der Beklagte obsiege, sobald er nachweise, daß er die Sache titulo singulari besitze.

[1]) Ipsa possessio pro titulo est, Frider de interd. XXVIII. Nro. 43.

[2]) Regulariter necesse non est probare titulum. — Declaratur haec iuris sententia, ut procedat, cum possessor sine titulo possidere potest: at secus, cum non potest — Menoch. de retin. poss. III Nro. 588. 589. — Possessor praesumitur dominus, quando non agitur de dominii canonizatione. Postius tract. de manut. obs. 1 Nro. 21. 22.

von selbst, in denen die Angabe des Titels, des Rechts zum Besitz erforderlich war.

Der eine Fall ist der des conflictus allegationum. Für diesen Fall, welcher vorlag, wenn sich aus den beigebrachten Beweisen nicht klar stellen ließ, welche der Parteien früher als die andere besessen hatte, wurde das c. licet causam in der schon angegebenen Weise nutzbar gemacht.

Ein anderer Fall bedarf die res ecclesiasticae, diejenigen Besitzobjecte, auf welche die Kirche ein besonderes Recht ansprach in der Art, daß Privatpersonen ihr Recht nur von der Kirche ableiten konnten. Von diesen Besitzobjecten heißt es, daß man sie ohne Titel nicht besitzen könne.

In ähnlicher Weise wie die Kirche waren die Landesherrn geschützt, wenn es sich um einen Besitz handelte, der mit Hoheitsrechten in Conflict kam. Dies wurde auf den Streit zwischen Vasallen und Lehnsherrn ausgedehnt. Der Vasall, welcher gegen den Lehnsherrn den Besitz des Lehns in Anspruch nahm, hatte die Investitur zu beweisen.

In den angegebenen Fällen, wie überall da, wo der angesprochene Besitz die Vermuthung der Rechtmäßigkeit gegen sich hatte, mußte der Besitz colorirt, d. h. durch Angabe des Titels justificirt werden. Doch konnte die Justification auch durch den Nachweis einer längeren Dauer des Besitzes oder durch die Beibringung eines Zugeständnisses des Gegners, daß der Kläger im Besitze sei, geschehen. Es bedurfte zunächst nur einer Widerlegung der aus der Belegenheit des Falles sich ergebenden Vermuthung der Unrechtmäßigkeit des Besitzes.[1])

Von selbst versteht sich, daß, wenn der Gegner seinerseits wieder Umstände darthat, welche den Besitz, den er ansprach, zu justificiren geeignet waren, aus dem Streit über den Besitz ein Streit über Recht zum Besitz werden mußte. Man nannte dies: possessorium habet causam annexam proprietatis.

Mit alledem hing zusammen, daß es auch da, wo nicht von

---

[1]) Zasius comment, in l. 2 § 2 de interd. Nro. 4; Menoch. comment. de retin. poss. rem. III. Nro. 588 seq; Mascard. conclus. 1197 Nro. 45 seq. 1203 Nro. 6 seq. 1378 Nro. 4 seq; Frider comment. de interd. XXVIII Nr. 42 seq; Mevius decis. p. 4 Nro. 356, p. 5 Nro. 178; Carpzov respons. 1. 8. 72 Nro. 18; Leyser sp. 452 Nro. 9.

vornherein einer jener Ausnahmefälle vorlag, gebräuchlich wurde, den Besitz zu coloriren, das Recht zum Besitz darzulegen.[1])

Ueberall, wo in Folge der Justification des Besitzes der Streit über das Recht zum Besitz zur Instruction gebracht werden mußte und zur Entscheidung reif wurde, hatte der Richter über das Recht selbst zu entscheiden. Man ließ den Satz: „petitorium absorbet possessorium" auch in dem Falle Anwendung finden, wo nur das Possessorium angestellt war. Ein solches Urtheil hatte als Entscheidung über das Recht selbst die volle Wirkung der res iudicata.[2])

Bei denjenigen Schriftstellern, welche der p. antiquior nur unter der Voraussetzung den Vorzug geben, daß dieselbe actueller Besitz bis zur Litescontestation gewesen sei, konnte der Titel zum Besitz die dargelegte Bedeutung nicht haben. Giphanius, der zwar nicht nach römischem, aber doch nach canonischem Recht einen Vorzug der antiquior possessio beim i. uti possidetis anerkannte, leitete auch die Bedeutung des Rechts zum Besitz für den Besitzproceß aus dem canonischen Recht her. Nach Böhmer konnte der Titel nur unter den Voraussetzungen in Betracht kommen, unter welchen Innocenz III. im c. licet causam auf ihn Gewicht legte.

Bei denjenigen, welche das Possessorium ordinarium nicht als ein Rechtsmittel zur Erhaltung des Besitzes, sondern als Klage zur Wiedererlangung des Besitzes auffaßten, wurde das Recht zum Besitz ein auch formell selbständig wirkendes Moment im Besitzproceß, während es bis dahin vermöge der Annahme der Fortdauer der p. civilis formell mehr ad coadiuvandum vires interdicti, d. h. zur Verstärkung des Anspruchs, der dem Besitzer auf Schutz seines Besitzes eingeräumt war, gedient hatte.

Das in der Justification des Besitzes bestehende Requisit der Zulassung der Besitzklage in allen den Fällen, in welchen mit der possessio selbst nicht schon die Vermuthung ihrer Rechtmäßigkeit gegeben war, trat beim remed. recup. poss. ebenfalls ein. Aber auch im Fall eines conflictus allegationum konnte hier, wie beim

---

[1]) Titulus semper multum habetur in consideratione etiam in summariissimo possessorio manutentionis. Postius tract. de manut. obs. 71 Nro. 118.

[2]) Alciat. comment. in l. 12 § 1 de poss. Nro. 33; Menoch. comment. de retin. poss. rem. III Nro. 805 seq; Geyll de pignor. act. obs. 22. Nro. 9. 10; Mevius decis p. 6 Nro. 100; Frider de interd. XXII Nro. 68; Carpzov respons. 1. 2. 14 Nro. 15. 17; Leyser sp. 499 Nro. 4. 5.

Ordinarium, der Titel in der Art wirksam werden, daß die Frage, ob der Kläger spoliirt sei, von dem Nachweise eines Titels des behaupteten älteren Besitzes, wenn die beigebrachten Beweismittel den älteren Besitz nicht klar legten, abhing.

Diejenigen Schriftsteller, welche, wie Alciat, Ripa, Menochi, das remed. recup. poss. nicht auf Grund des can. Red. gegen jeden dritten Besitzer wirken ließen, sondern es nach dem c. Saepe nur gegen den dritten Besitzer, der Successor des Spolianten geworden war oder von der Spoliation Kenntniß hatte, gaben, mußten consequenter Weise gegen die Klage, wenn der Kläger vermöge seiner antiquior possessio und der Präsumtion, daß dieselbe iustior sei, als die nova des Beklagten, obsiegen wollte, die Einrede des Titels zulassen. Der titulirte Besitz des Beklagten ging also dem älteren Besitz des Klägers vor. Hierin lag eine Verschiedenheit vom Ordinarium, bei welchem nach denselben Schriftstellern die possessio antiquior des Klägers der possessio titulata des Beklagten gegenüber den Vorzug haben sollte [1]). Die Einrede des Titels konnte der Kläger wieder durch die Replik des Eigenthums oder sonstigen besseren Rechts beseitigen.

§ 35. d. Die exceptio dominii.

Die Zulassung der exceptio dominii ist älter, als die im vorigen Paragraphen dargelegte Bedeutung des Titels. Accursius ließ die exceptio in jedem Besitzproceß zu, wenn der Beklagte sich erbot, sie in continenti zu beweisen [2]). Die Späteren limitirten den Satz.

In Ansehung des i. uti possidetis war man darin einig, daß, wenn über das Recht zum Besitz rechtskräftig entschieden war, der Beklagte aus diesem Urtheil die exceptio dominii hatte. Auch ließ man die Einrede zu, wenn das dominium des Beklagten durch

---

[1]) Menochi hat auch diese Frage sehr ausführlich behandelt (de recup. poss. remed. XV Nro. 67 seq.) Aber den Zweifelsgrund gegen die Zulassung der auf Titel und bona fides gegründeten Einrede, der darin besteht, daß das remed. ret. poss. gegen den Besitzer mit Titel und bona fides gegeben sei, kann er natürlich nicht beseitigen. Er schwankt zwischen den Argumenten Seyssels, der die exceptio tituli der antiquior possessio gegenüber immer verwirft, und denen des Rubeus, der auch beim remed. ret. poss. die exceptio tituli gegenüber der antiquior possessio zuläßt, hin und her.

[2]) Gl. si de vi zu l. 37 de iud.

anderweit abgegebenes Zugeständniß des Klägers oder durch Urkunden sofort liquide gemacht werden konnte[1]). Selbst Donellus, der von den eleganten Juristen des sechszehnten Jahrhunderts dem römischen Recht näher stand, als die meisten anderen, stellte diesen Satz auf: Si dominus ita se dominum esse dicat, ut eius rei praesentem et eodem die paratam probationem offerat, audiendus est, cum si dominum esse constaret, statim et etiam agenti res sua restituenda esset sine exceptione. cui autem actionem damus, eidem multo magis exceptionem competere quis dixerit. At si de eo erit controversia et res desiderabit longiorem cognitionem, non convenit iudicio possessorio, ut exceptio admittatur, sed differretur quaestio in directum iudicium de proprietate.[2]) Dagegen war die Frage controvers, ob schon das Erbieten des Beklagten zum Beweise der Einrede in continenti dem liquiden Besitzstande des Klägers gegenüber genügte.[3]) War der Besitzstand bestritten, so versteht sich nach dem, was im vorigen § gesagt worden, von selbst, daß die Frage des Eigenthums zur Erörterung gezogen werden konnte.

Die exceptio dominii wurde unter denselben Voraussetzungen, unter denen sie beim Ordinarium statthaft war, auch dem remed. recup. poss. gegenüber in den Fällen zugelassen, wenn die Klage lediglich auf den Vorzug der antiquior possessio und die Vermuthung der Unrechtmäßigkeit der p. iunior sich stützte. Manche ließen sie auch zu, wenn die Spoliation nicht vi, sondern clam oder nur durch vis compulsiva, nicht durch vis deiectiva erfolgt war.[4]) Bei vis deiectiva war die Einrede regelmäßig ausgeschlossen. Doch machte man so viel Ausnahmen, daß das Princip

---

[1]) Alciat. comment. in l. 12 § 1 de poss. Nro. 28 seq., Mascard. de prob. concl. 687; Zasius comment. in l. 12 § 1 de poss Nro. 44; Menoch. comment. de retin. poss. remed. III Nro. 671 seq; Frider comment. de interd. XXIII Nro. 105.

[2]) Comment. iur. civ. lib. 9 cap. 9, Hanauer Ausg. S. 454. — Bekämpft wurde die Zulässigkeit der exceptio dominii u. A. von Böhmer, exercit. Nro. 90 cap. 2 § 8.

[3]) Menochi gibt a. a. O. Auskunft über den Stand der Controverse zu seiner Zeit. Zu denen, welche die Einrede zuließen, wenn der Beklagte in continenti Beweis anbot, gehörten auch Zasius, Mascard und Frider. Menochi beschränkte die Zulassung auf den Fall der sofortigen Liquidität.

[4]) Ripa comment. in l. 12 § 1 de poss. Nro. 73. 74. 97.

stark durchlöchert wurde. Zasius sah sich veranlaßt, über die mutilatio istius gloriosi privilegii zu klagen.[1]) Die Einrede fand statt, wenn notorisch oder auch sonst durch Zugeständniß oder Urkunden klar vorlag, daß der Kläger kein Recht auf die Sache hatte. Dem manifestus praedo gegenüber wurde sie also gegeben, auch wenn derselbe ex intervallo von dem dominus wieder vertrieben worden war.[2]) Sie wurde ferner aus Gründen des öffentlichen Interesses zugelassen. So in dem Falle, wenn die Restitution des Besitzes ohne Rücksicht auf das behauptete dominium öffentliches Aergerniß erregt haben würde. Als Beispiel führt Zasius auf, daß einem jüdischen Vater gegenüber, dem sein Kind genommen und getauft worden, und der mit dem remedium ex can. Red. Rückgabe des Kindes verlange, die exceptio dominii Jesu Christi propter evitandum scandalum, ne fidei illudatur, entgegengesetzt werden könne.[3]) Ebenso ließ man sie zu, wenn aus der Restitution des Besitzes trotz des vom Beklagten angesprochenen Rechts zum Besitze ein unersetzlicher Schade zu erwarten stand. Ein beliebtes Beispiel war der Fall, wenn es sich um die Restitution einer Festung oder eines befestigten Schlosses handelte, also anzunehmen war, daß die Execution des Urtheils gegen den Spolianten und dann wieder die Execution eines von dem letzteren in petitorio möglicher Weise zu erstreitenden obsieglichen Urtheils große Schwierigkeiten machen und erhebliche Opfer kosten würde.[4])

§ 36. Gesammtergebniß.

In der Entwickelung, welche der Besitzbegriff und der Besitzschutz seit dem Wiederaufleben des römischen Rechts im Mittelalter erhalten hat, zeigen sich zwei Richtungen.

---

[1]) Comment. in l. 12 § 1 de poss. Nro. 52.

[2]) Ripa comment. in l. 12 Nro. 70; Zasius l. c.; Menoch. de recup. poss. remed. I. Nro. 215 seq.; Frider de interd. XXVIII Nro. 49; Mevius cons. 65 Nro. 98, dec. 8, 323. Struvius exercit. 45 Nro. 109. Strykius us. mod. pand. lib. 43 tit. 16 § 2. Leyser, sp. 504 Nro. 10. 11, meint zwar, der Spoliirte müsse restituirt werden, auch wenn das Recht des Spolianten zum Besitz völlig klar sei. Aber wenn Gründe des öffentlichen Wohles es erfordern, will er doch die exceptio dominii zugelassen wissen.

[3]) Ripa l. c. Nro. 75 seq.; Zasius l. c. Nro. 60 seq.; Menoch. l. c. Nro. 319. seq.

[4]) Ripa l. c.; Zasius l. c.; Menoch. l. c. Nro. 308 seq.

Einmal ist ein jedes Haben der Person, das von der letzteren gewollt wird, unter den gerichtlichen Schutz gestellt, indem es mit dem Summariissimum gegen Störung geschützt und durch das remedium ex c. Red. wiederhergestellt wird, gleichviel von welcher Beschaffenheit der Wille der Person ist, der sich auf die Sache richtet. Damit kommt das tenere und die affectio tenendi, worauf die Römer die possessio als auf ihre Grundlage zurückgeführt haben, zur vollen Geltung. Während aber bei den Römern die affectio tenendi noch kein animus possidendi ist, der Besitz also die Grundlage, auf die man ihn gestellt hat, verleugnen muß, wird die letztere dem possessorischen Schutz, wie er sich im Mittelalter entwickelt hat, gerecht. Insofern läßt sich also sagen, daß der Gedanke, den die Römer selbst in der possessio gefunden, dem sie aber eine consequente Ausbildung nicht gegeben haben, durch die Jurisprudenz des Mittelalters zu dieser Ausbildung gelangt ist.

Die andere Richtung ist dieser ersteren entgegengesetzt. Während die erstere den Besitz auf seiner sogenannten natürlichen Basis sich ausbreiten läßt, wird er auf der anderen Seite aus der isolirten Stellung, in der ihn das römische Recht den subjectiven Rechten gegenüber festgehalten hat, befreit und erhält unmittelbare Beziehung auf dieselben. Er trägt regelmäßig die Vermuthung in sich, daß er dem Recht entspreche. Greift diese Vermuthung aus irgend einem Grunde nicht Platz, so findet eine Besitzklage nicht statt oder sie wird elidirt, sofern nicht das, was gegen die Rechtmäßigkeit spricht, durch anderweite Allegationen beseitigt wird. Dadurch erklärt sich außer anderen hierher gehörigen Erscheinungen auch die, daß der gegenwärtige Besitzer dem früheren, wenn bei diesem die Vermuthung der Rechtmäßigkeit zutrifft, weichen muß, sofern nicht dargethan wird, daß der gegenwärtige Besitzer ein Recht zum Besitz von dem früheren Besitzer erworben oder daß der frühere Besitzer sein Recht zum Besitz anderweit aufgegeben oder verloren habe. Dadurch erklärt sich ferner der Satz, nach welchem kein Besitz Schutz genießt, dem, wie bei res ecclesiasticae, so lange er sich nur als Besitz darstellt, das Gepräge der Unrechtmäßigkeit aufgedrückt ist, und der dies Gepräge erst abwirft, wenn ein Recht zum Besitz dargelegt wird. Der Besitzschutz ist also ein Schutz des Rechts, das sich im Besitz zeigt. Diese Aufnahme der Beziehung auf das Recht in den Begriff des Besitzes hat auch eine andere Terminologie zur Folge

gehabt. Das Ding, welches Besitz genannt wird, ist nicht mehr an die reale Macht über die Sache gebunden, sondern der Inbegriff der Voraussetzungen, unter welchen das Recht zum Besitz mit den sogenannten possessorischen Klagen geschützt wird, heißt jetzt Besitz. Das Requisit der actuellen Macht über die Sache aber, das nach römischem Recht zum Besitz gehört, ist so weit reducirt, daß schon der Wille der Person, sei es durch in Aussicht genommene Selbsthilfe, sei es durch die gegebenen Mittel des Rechts die verlorene actuelle Macht wieder zu erlangen, hinreicht, den Besitz zu erhalten (p. civilis). Ja es wird sogar ein Besitzerwerb durch Universalsuccession in der Art anerkannt, daß der Successor, ohne je in ein räumliches Verhältniß zur Sache getreten zu sein, vermöge seines durch die Succession erworbenen Rechts zum Besitz als Besitzer anerkannt und geschützt wird (p. civilissima).

Der Besitzschutz hat damit einen neuen Inhalt und der Rechtsschutz hat eine neue Form erhalten. Jener Inhalt gehört dem germanischen, diese Form dem römischen Recht an. Das germanische Sachenrecht kannte keinen Schutz des Besitzes ohne Rücksicht auf das Recht zum Besitz. Ebenso wenig erhielt in dem Schutze, den es dem Recht zum Besitz gewährte, der absolute Charakter des Rechts auf die Sache Ausdruck. Der Besitzschutz und der Rechtsschutz gingen in einander über. Der sachenrechtliche Schutz war an die Thatsache der äußeren Erscheinung und Realisirung des Rechts in der Art geknüpft, daß dem, der Besitzer gewesen war, regelmäßig derjenige weichen mußte, der nicht ein stärkeres oder doch ein gleich starkes Recht zum Besitz ansprechen konnte.

Das römische Recht stellt den Rechtsschutz auf den Erwerb, so daß ein Recht aus dem Grunde geschützt wird, weil es erworben ist. Nach germanischem Recht wird ein Recht geschützt, weil es sich manifestirt hat. Das römische Recht schließt aus dem Erwerbe, das germanische aus der Manifestation auf die Existenz des Rechts. Der Natur der Sache nach sind beide Arten zu schließen an sich unsicher. Der Schluß aus dem Erwerbe auf die Existenz wird im römischen Recht durch den Beweis, daß das Recht verloren, aufgegeben sei, widerlegt. Dagegen läßt sich, wenn man blos die Logik zu Rathe zieht, kein allgemeiner Satz darüber aufstellen, welche Umstände vorliegen müssen, damit der aus der Manifestation des Rechts im Besitz auf das Dasein des Rechts zu machende

Schluß beseitigt werde. Wenn daher auch keiner der angegebenen Wege die gewisse Gewähr der Erreichung eines dem materiellen Recht entsprechenden Resultats bietet, so ist doch die römische Art der Rechtsverfolgung und Rechtsfindung leichter zu handhaben, weil sie in einem festen Gleise sich bewegt, das weder Abweichungen nach der einen noch nach der anderen Seite gestattet. Die Art des germanischen Rechts, von der Erscheinung des Rechts auf dessen Dasein zurückzugehen und unter Abwägung alles dessen, was von den Parteien zur Darlegung des besseren Rechts vorgebracht wird, darüber Entscheidung zu treffen, wer die Sache behalten solle, scheint von vornherein die Möglichkeit der Gewinnung fester Formen abzuweisen.[1])

Das heutige englische Sachenrecht, das auf der Grundlage des alten germanischen Rechts sich fortgebildet hat, zeigt indeß, daß auch bei den gegenwärtigen Bedürfnissen des Rechtsverkehrs ein Rechtsschutz ohne Anerkennung eines auf den Erwerb gestellten absoluten Rechts in der Art bestehen kann, daß die Bedingungen des Rechtsschutzes sich aus Folgerungen zusammensetzen, welche aus der Manifestation des Rechts für die Existenz desselben sich ergeben. Dem englischen Recht ist eine auf den Erwerb des Eigenthums gestellte rei vindicatio ebenso unbekannt wie ein Schutz des Besitzes ohne Rücksicht auf das Recht zum Besitz.

Die Formen, unter denen die Herrschaft über die Sache geschützt wird, sind seisin als Voraussetzung der schwächeren Realklagen, ownership als Requisit der stärksten Realklage. Als seisin wird der Besitz geschützt, wenn er ein Jahr gedauert hat, bei kürzerer

---

[1]) Gerber, deutsches Privatrecht § 73, hat sich dadurch, daß bei Vergleichung des deutschen Sachenrechts in den ersten Stadien seiner Entwickelung mit dem römischen Recht das erstere offenbar den Kürzeren ziehen muß, bestimmen lassen, die verschiedene Auffassung des Rechts bei den Römern und bei den Deutschen dahin zu charakterisiren, daß in der den Deutschen eigenthümlichen Auffassungsweise nichts Volksthümliches oder Originelles, sondern nur eine Unvollkommenheit liege, wie sie in der Zeit geringer Bildung vorübergehend stattfinden könne, und daß eine Unvollkommenheit des Denkens in der geistigen Bewegung eines Volks sich zu keinem System fixiren könne. Aber das englische Sachenrecht, das noch heut auf germanischer Grundlage ruht, der ebenfalls auf germanischem Fundament erwachsene sachenrechtliche Schutz des französischen Rechts betreffs der Mobilien und das heutige preußische Immobiliarsachenrecht zeigen wenigstens die Bildungsfähigkeit jenes eigenthümlichen germanischen Sachenrechts.

Dauer aber nur, wenn er ein titulirter ist. Uebergang des Besitzthums auf den Erben des Besitzers beseitigt für den Erben das Erforderniß des Annalbesitzes oder des Besitztitels. Erbschaft hat also die Bedeutung des Besitztitels. Gegen den Besitzer, dem weder Annalbesitz, noch ein Besitztitel, noch die Berufung auf Erbschaft zur Seite steht, ist Selbsthilfe zulässig. Für seisin gibt es drei Hauptklagen: 1) die assisa novae disseisinae, mit welcher der Besitz beim Vorhandensein einer der gedachten Voraussetzungen als seisin gegen iniusta et sine iudicio disseisina geschützt wird, 2) die assisa mortis antecessoris, mit welcher der Intestaterbe das Erbgut, an dem der Erblasser seisin gehabt, von dem, der sich desselben bemächtigt hat, herausfordern kann, 3) die Eintrittsklage (breve de ingressu), welche für eine Reihe von Fällen gegeben ist, in denen der Kläger oder sein Vorfahr seisin gehabt, und der Beklagte oder dessen Vorfahr den Besitz der Sache unter bestimmten Voraussetzungen, welche eine Verpflichtung zur Rückgabe der Sache begründen, erlangt hat. Die Klage zur Geltendmachung von ownership (breve de recto, magna assisa) erfordert Erbrecht des Klägers, seisin des Vorfahren, von dem der Kläger sein Erbrecht herleitet, und eine bestimmte Nutzung der Sache durch diesen Vorfahren. Die Einrede des besseren Rechts zum Besitz ist im Proceß über seisin nicht ausgeschlossen.[1])

Ebenso zeigt das heutige französische Recht wenigstens in Ansehung der Mobilien, daß ein auf den Erwerb gestellter Eigenthumsschutz sich entbehren läßt. Dem älteren Besitzer, der den Besitz wider seinen Willen verloren hat, ist ein auf drei Jahre beschränktes Vindicationsrecht gegen jeden späteren Besitzer gegeben. Dies Klagerecht ist nicht auf den Erwerb des Eigenthums, sondern auf dessen im Besitz vorhanden gewesene Erscheinung gestellt. Auch im Uebrigen vertritt der bloße Besitz dergestalt die Stelle des Eigenthums, daß der Besitzer als solcher jeden Anspruch von sich abwehren kann, den ein Anderer auf Grund Eigenthums oder eines anderen Sachenrechts gegen ihn erheben möchte.[2]) Die Manifestation des Eigenthums im Besitz wird zur Grundlage des sachenrechtlichen Schutzes.

---

[1]) Gundermann, englisches Privatrecht. I. Theil. S. 145. 318 bis zum Schluß.

[2]) C. c. art. 2279, Zachariä franz. Civilrecht, Ausg. v. Anschütz Bd. 1. S. 536 f.

Diese Auffassung des französischen Rechts hat ihre Wurzeln ebenfalls im germanischen Recht.

Ein wesentlicher Unterschied der Gestaltung des sachenrechtlichen Schutzes im englischen Recht und seiner Gestaltung betreffs der Mobilien im französischen Recht von der Entwickelung des possessorischen Schutzes bei den Italienern und Deutschen besteht darin, daß in Italien und Deutschland der auf den Erwerb gestellte römische Eigenthumsschutz neben den possessorischen Rechtsmitteln Raum gefunden hat.

Delbrück hat den Versuch gemacht, die durch die Erkenntniß des reinen römischen Rechts und seine Wiedereinführung in die Praxis unterbrochene deutsche Rechtsentwickelung zum Abschluß zu bringen, und den Resultaten, zu denen er gelangt ist, noch gegenwärtig Anspruch auf Geltung in der Praxis zu verschaffen. Dem Eigenthümer, der den Besitz der Sache eingebüßt hat, sollen vier Klagen gegeben werden: 1) die Klage aus einfachem älterem Besitz, 2) die Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen, 3) die Klage aus titulirtem älterem Besitz, 4) die eigentliche römische, auf den Eigenthumserwerb gestellte Eigenthumsklage.[1]) Dieser Versuch, deutschrechtliche Ideen in das Leben zurückzurufen, hat aber nur eine äußerst bestrittene Anerkennung gefunden[2]) und, so viel bekannt, auch keinen Erfolg in der Praxis gehabt.

§ 37. Die neueren Codificationen.

Von den neueren Codificationen hat die preußische, wie in Ansehung der oben in den §§ 22 und 23 besprochenen Bestimmung der Grenzen des possessorischen Schutzes durch die Beschaffenheit des Willens der Person der Sache gegenüber, so auch in anderen Beziehungen von den Resultaten der von den Glossatoren begonnenen und von Leyser und seinen Nachfolgern beendeten Rechtsentwickelung am meisten in sich aufgenommen.

Die Anschauung, nach welcher der Besitz trotz verlorener actueller Macht über die Sache animo retinirt werden kann, hat in den Sätzen Ausdruck gefunden, daß ein Besitz weder durch Handlungen unerlaubter Privatgewalt, noch durch gewaltsam erzwungene oder

---

[1]) Dingliche Klage, zweiter Theil, Lehre.

[2]) Vergl. Delbrück selbst in dem Bd. 10 der Jahrb. für Dogm. abgedruckten Aufsatz.

durch Betrug veranlaßte oder heimlich unternommene Handlungen, noch durch Handlungen oder Unterlassungen, die auf Freundschaft und Gefälligkeit beruhen, erworben werden kann. Verliert also durch derartige Handlungen oder Unterlassungen der Besitzer seine actuelle Macht über die Sache, so behält er doch den Besitz, und zwar bleibt er so lange Besitzer, bis ein Dritter den Besitz auf fehlerfreie Weise erlangt hat. Die in Rede stehende Rechtsanffassung hat in dem Satze Anwendung gefunden, daß, wenn Jemand nachweise, daß ihm der Besitz einer Sache durch Gewalt, List oder Betrug entnommen worden, der gegenwärtige Besitzer den Titel, aus welchem er besitze, anzugeben verbunden sei (A. L. R. I. 7. § 184). Der gegenwärtige Besitzer hat also nachzuweisen, daß er den Besitz auf fehlerfreie Weise erlangt habe. Kann er dies nicht, so wird die Sache noch als von dem Besitz dessen, der durch Gewalt, List oder Betrug seine reale Macht über die Sache eingebüßt hat, ergriffen angesehen. Der Satz, daß die fehlerhaft erlangte Macht kein Besitz ist, hat jedoch nicht die Bedeutung, daß eine solche Macht überall keinen Schutz genießt. Sie wird gegen jeden Anderen, als den, von welchem sie fehlerhaft erworben ist, geschützt, da ja das preußische Recht den possessorischen Schutz nicht an den eigentlichen Besitz, sondern an jede gewollte Macht über die Sache knüpft, vorausgesetzt, daß damit einer offenbaren Unredlichkeit nicht Vorschub geleistet wird. So hat ein bestrafter Dieb oder Hehler kein Rechtsmittel gegen den, der ihm die gestohlene Sache weggenommen hat, um sie für den abwesenden Bestohlenen zu verwahren. Im Uebrigen hat jeder Inhaber der Sache, von dem ein Anderer die Detention auf eine der angegebenen fehlerhaften Arten erlangt hat, gegen diesen ein Klagerecht auf Wiederherstellung seiner Detention. [1])

Gegen den, der den Besitz weder durch Gewalt, noch heimlich, mit List oder blos bittweise überkommen hat, kann der vorige Besitzer auf Wiederherstellung des Besitzes nur in so fern klagen, als er ein besseres Recht zum Besitz nachzuweisen vermag. Dies Klagerecht muß auch jedem unvollständigen Besitzer, dem Pächter und dem Commodatar, wie dem Nießbraucher, gegeben werden. Was vom Recht zum Besitz gesagt ist, gilt auch vom Recht zur Detention. Daher hat selbst der Depositar vermöge des ihm vom Deponenten

[1]) A. L. R. I. 7 §§ 96 ff. 122. 146 ff.; vgl. oben § 22.

eingeräumten Rechts der Detention ein Klagerecht auf Herausgabe der Sache gegen den, der sie ohne allen Rechtsgrund besitzt.[1])

Besondere Bestimmungen enthält das Landrecht für den Fall des Fundes. Der Finder soll die Sache dem herausgeben, welcher nachweist, daß er die Sache früher besessen oder in seiner Gewahrsam gehabt habe. Entstehen Zweifel, ob der Verlierer ein redlicher Besitzer oder Inhaber gewesen sei, so soll die Sache bis zu näherer Ausmittelung in gerichtlicher Gewahrsam bleiben, wenn nicht etwa vom Richter die Verwahrung der Sache dem Finder überlassen worden ist (A.L.R. I. 9. § 24), in welchem Fall der Finder die Sache dem Verlierer bis zur näheren Ausmittelung vorzuenthalten hat. Praktisch stellt sich die Sache also dahin: Wer die Sache dem Finder abfordert, muß nachweisen, daß er Besitzer oder Inhaber der Sache gewesen sei und daß der Beklagte die Sache gefunden habe. Der Beklagte hat aber die Einrede, daß der Kläger ein unordentlicher Besitzer oder Inhaber gewesen sei.[2])

Schwierigkeiten macht die Bestimmung, nach welcher, wenn der Kläger nachweist, daß die Sache seinem rechtmäßigen Besitz ohne seinen Willen entkommen sei, der Beklagte seinen Besitztitel und seinen Auctor anzugeben hat. (A.L.R. I. 15. § 34.) Soll diese Vorschrift überhaupt anwendbar sein, so kann unter dem rechtmäßigen Besitz kein titulirter Besitz, wie es nach § 10 A.L.R. I. 7. den Anschein haben möchte, verstanden werden. Denn der titulirte Besitzer hat auch ohne den Nachweis, daß ihm die Sache gegen seinen Willen entkommen ist, gegen jeden späteren Besitzer eine Klage auf Herausgabe der Sache und der Beklagte hat dagegen die Einrede des besseren Titels. Mit dem rechtmäßigen Besitzer kann nur der Besitzer, dem um seines Besitzes willen die Vermuthung der Rechtmäßigkeit zur Seite steht (I. 7. § 179) gemeint sein. Die Bestimmung ist also dahin aufzufassen, daß jeder Besitzer, der den Nachweis führt, daß ihm die von ihm besessene Sache ohne seinen Willen entkommen sei, eine Klage gegen den, bei dem er die Sache findet, auf Herausgabe der Sache hat, und daß dieser Klage gegenüber der Beklagte mit seinem Titel zum Besitz hervortreten muß. Die Klage ist auch dem unvollständigen Besitzer und dem bloßen

[1]) a. a. O. §§ 161 ff.
[2]) A.L.R. I. 9. §§ 57 ff.

Inhaber, der die Gewahrsam ohne seinen Willen verloren hat, gegeben.

Mit dem Satze, daß gegen den, welcher den Besitz einer Sache weder durch Gewalt, noch heimlich, mit List oder bittweise überkommen hat, der vorige Besitzer nur auf Grund besseren Rechts zum Besitz klagen kann, lassen sich die für den Fall des Fundes und für den Fall des Verlustes des Besitzes ohne Willen des Besitzers gegebenen Bestimmungen nur in der Art vereinigen, daß ein besseres Recht zum Besitz auf Seite des älteren Besitzers, dem die Vermuthung der Redlichkeit und Rechtmäßigkeit zur Seite steht, gegenüber dem Finder so lange angenommen wird, bis die Vermuthung durch den Beweis der Unredlichkeit widerlegt wird, und daß kraft derselben Vermuthung ein besseres Recht zum Besitz dem älteren Besitzer, der seinen Besitz ohne seinen Willen verloren hat, gegenüber dem gegenwärtigen Besitzer, der keinen Titel und Vormann angeben kann, beigelegt wird.

Das preußische Recht hat nur eine eigentliche Besitzklage, das Summariissimum. Die allg. Gerichtsordnung läßt dasselbe bei Beunruhigung im Besitz und bei heimlicher oder gewaltsamer Entsetzung aus dem Besitz stattfinden. Der Satz des allg. Landrechts, nach welchem der Besitz trotz der von einem Anderen fehlerhaft erlangten Macht über die Sache fortdauert, wird also hier verleugnet. Die actio spolii ist im Sinne Leysers (vgl. oben S. 164 Note 3) dem Summariissimum admiscirt. Das Rechtsmittel ist auch dem unvollständigen Besitzer und dem Detentor gegeben. Nur hat es der letztere abgesehen von dem Falle, daß er ein Retentionsrecht geltend zu machen hat, nicht gegen den, in dessen Namen er besitzt. Beschränkt ist die Klage auf den Fall einer neuerlich erfolgten Beunruhigung oder Entsetzung. Richterliches Ermessen entscheidet, wie dies Requisit im concreten Falle aufzufassen ist. Die Klage geht nur gegen den, der den Kläger im Besitz gestört oder daraus entsetzt hat und gegen dessen Erben. Das Urtheil entscheidet blos die Frage des Besitzschutzes. Der Richter kann Cautionen auflegen, auch die Sache sequestriren lassen oder sie in gerichtliche Verwahrung nehmen. Das Verfahren ist ein schleuniges. Die Einrede des fehlerhaften Besitzes wird nur zugelassen, wenn sie ohne Verzug liquide gemacht werden kann.[1])

[1]) A. G. O. I. 31.

Das Ordinarium wird als besonderes Rechtsmittel nicht anerkannt. Die allg. Gerichtsordnung bestimmt, daß abgesehen vom Summariissimum kein Unterschied zwischen dem Petitorium und dem Possessorium stattfinden solle, daß vielmehr alle die Thatsachen, welche zur Entscheidung der Frage des Besitzes und der Frage des Rechts gehören, zugleich und in einem Processe zu untersuchen seien.[1]) Hierher gehören mithin alle die Fälle, in denen das Summariissimum darum nicht stattfindet, weil die „Besitzentsetzung" nicht mehr als eine neuerlich erfolgte angesehen werden kann, ferner der Fall, in welchem der Besitz einer Sache dem früheren Besitzer durch Gewalt, List oder Betrug entnommen worden ist, und der gegenwärtige Besitzer keinen Titel nachweisen kann, und alle die Fälle, in denen die Klage dem früheren Besitzer oder Inhaber auf Grund seines besseren Rechts gegeben ist, also auch die Klage des Verlierers gegen den Finder und die Klage dessen, der den Besitz ohne seinen Willen verloren hat, gegen den, der keinen Titel und Vormann hat.[2])

Im österreichischen Recht werden die Rechtsmittel zum Schutz von Besitz und Eigenthum im römisch-rechtlichen Sinn behandelt. Ob in dem Satze, daß man sich durch den bloßen Willen zu besitzen so lange im Besitz einer verlorenen Sache erhalten könne, als noch Hoffnung vorhanden sei, die Sache zu erhalten[3]), eine Reminiscenz an die Lehre der Italiener zu finden ist, kann dahingestellt bleiben. Consequenzen sind daran nicht geknüpft.

Die Stellung, die der Schutz des Besitzes und des Eigenthums an Mobilien im französischen Recht hat, ist im vorigen § besprochen. Für Immobilien gibt es nur eine Besitzklage. Dieselbe ist aus der alten germanischen assisa novae disseisinae entstanden und hat, wie diese, Annalbesitz zur Voraussetzung. Uebrigens findet die Klage bei Störung wie bei Verlust des Besitzes statt, letzterenfalls jedoch nur bei gewaltsamer Dejection und nur gegen den Dejicienten, nicht

---

[1]) A. G. O. I. 5. § 27.

[2]) Die landrechtlichen Sätze sind für die wissenschaftliche Behandlung nicht ganz fügsam. Die von Simon und v. Strampff herausgegebenen Materialien sind einem besseren Verständniß nicht förderlich. Sie decken nur die Unklarheiten auf, in denen die Redactoren befangen gewesen sind. Die Literatur des preußischen Rechts ist bei Förster, Theorie u. Praxis des pr. Privatrechts §§ 162—164, angegeben.

[3]) Bürgerl. Gesetzb. § 352.

gegen den Successor. Von einer Fortdauer des Besitzes trotz verlorener Macht über die Sache ist nicht die Rede. Auch insofern ist das römische Recht nutzbar gemacht, als die Cumulation des Possessoriums mit dem Petitorium unzulässig und die Erörterung des Titels und des Rechts zum Besitz im Besitzproceß ausgeschlossen ist.[1])

Das sächsische Gesetzbuch steht auf dem Boden des römischen Rechts, abgesehen von der Ausdehnung des possessorischen Schutzes auf Detentoren.

§ 38. Die Zukunft des Besitzschutzes.

Ihering sagt vom Besitzschutz, daß, wenn eine Einrichtung seit Jahrtausenden bestehe, das unabhängige Urtheil sich der Ueberzeugung nicht werde verschließen können, daß zwingende Gründe für dieselbe vorhanden sein müssen, und daß in der That die Nothwendigkeit des Besitzschutzes wohl noch nie ernstlich in Frage gestellt worden sei.[2]) Wie er diese Auffassung näher begründet, ist oben im § 10 besprochen worden. Daß mit seiner Auffassung die römisch-rechtliche Gestaltung des Besitzschutzes nicht erklärt werden kann, folgt aus dem oben im § 11 Gesagten. Soll der Besitzschutz in der ihm von Ihering gegebenen Bestimmung aufgehen und sich mit ihr decken, so könnte er nur dem, der den Eigenthumswillen hat, ertheilt werden, und es müßten die possessorischen Rechtsmittel zur Publiciana in rem actio und zur rei vindicatio in ein Verhältniß treten, welches dem ähnlich ist, das zwischen den letzteren beiden Klagen stattfindet. Wir würden dann eine Stufenleiter von Rechtsmitteln haben, die sich auf den Eigenthumsschutz bezögen, zuerst den Schutz des Besitzes, als der Thatsächlichkeit des Eigenthums, der aber vor dem Usucapionsbesitz und dem Eigenthum nicht Bestand haben könnte, dann den

---

[1]) Zachariä, französ. Civilrecht, Ausg. v. Anschütz. Bd. 1 S. 448 ff.; Alauzet hist. de la poss. et des act. possess. S. 270 ff.

[2]) Ueber den Grund des Besitzschutzes S. 3. Ihering bemerkt S. 8 gegen Savigny, daß dessen Auffassung betreffs des Grundes des Besitzschutzes in einem Werke, das sich die Darstellung der römischen Besitztheorie zur Aufgabe gestellt habe, nur im höchsten Grade überraschen könne, und daß der Versuch ihrer legislativen Begründung ein Besitzrecht ergeben würde, das mit dem römischen auch nicht die entfernteste Aehnlichkeit hätte. Ein Besitzrecht, das sich mit der Auffassung Ihering's deckt, dürfte kaum größere Aehnlichkeit mit dem römischen Recht haben.

Schutz des Usucapionsbesitzes, der dem Eigenthum zu weichen hätte, und zuletzt den Schutz des Eigenthums selbst. Die Klage zum Zweck der Wiedererlangung des Besitzes wäre in allen Fällen des Besitzverlustes wider den Willen des früheren Besitzers zu geben, die Einrede des redlichen Erwerbes von einem Dritten gegen sie zuzulassen, und die Klage wegen Besitzstörung hätte unter Voraussetzungen stattzufinden, welche denen der actio negatoria analog zu bestimmen wären. Damit aber der Besitzschutz seinem Zweck, das Eigenthum kraft seiner Thatsächlichkeit zu schützen, vollständig entsprechen könnte, würde überall da, wo nur eine Besitzstörung in Frage steht oder wo die recuperatorische Besitzklage gegen den ersten Besitznehmer erhoben wird, der Einrede des besseren Rechts zum Besitz, beziehungsweise des Eigenthums nur im Fall ihrer Liquidität die Wirkung der Elidirung der Klage beizulegen, die illiquide Einrede also zum besonderen Proceß zu verweisen sein. Solchergestalt ließe sich die von den Glossatoren angehende Rechtsentwickelung in Ansehung des mit dem Willen, die Sache wie eine eigene zu haben, verbundenen Besitzes zu einem rationellen Abschluß bringen, und es könnte sich daneben nur noch fragen, ob und in wieweit diejenigen Machtverhältnisse der Person zur Sache, bei denen die Person jenen Willen nicht hat, eines possessorischen Schutzes genießen sollen.

Aber die Richtigkeit der obigen Prämisse, welche in der Frage der Nothwendigkeit des Besitzschutzes besteht, bedarf noch näherer Erörterung. Die Frage läßt sich damit nicht entscheiden, daß der Besitzschutz einer langen unangefochtenen Dauer sich erfreue.

Ein Besitzschutz, der in römischrechtlicher Weise von aller Beziehung auf das subjective Recht zum Besitz fern gehalten wird, scheint mir einer Pflege überhaupt nicht zu bedürfen. Eine Rechtfertigung seines Bestehens hat der Besitzschutz nur vermöge des aus dem Besitz auf das Recht zum Besitz zu machenden Schluß.

Im übrigen muß zwischen Mobilien und Immobilien unterschieden werden. In Ansehung der ersteren ist dem sachenrechtlichen Schutz mit einer auf den Erwerb des Eigenthums oder mit einer auch nur auf die Thatsache des redlichen Erwerbs der Sache gegründeten Klage regelmäßig wenig gedient. Es wird schwerlich Jemand in der Lage sein, den Nachweis zu führen, wie er jede einzelne seiner Mobilien erworben habe. Bei vielen derselben

verschwindet im Erwerber und Eigenthümer selbst die Erinnerung an die Thatsache des Erwerbes. Hier scheint es das allein Richtige zu sein, den Eigenthumsschutz, wie es das französische Recht thut, auf die Thatsächlichkeit des Eigenthums, den Besitz, zu stellen. Schwierigkeiten kann dabei nur die Frage machen, wie die Voraussetzungen der Wiedererlangung einer Sache, deren Besitz der frühere Besitzer wider seinen Willen verloren hat, gegenüber der Anforderung, den gegenwärtigen Besitz zu schützen, zu bestimmen sind. Von selbst versteht es sich, daß dem früheren Besitzer gegen den ersten Besitznehmer, den Universal-Successor und den unredlichen Singular-Successor desselben eine recuperatorische Klage gegeben sein muß. Ob aber, wie im französischen Recht wenigstens bei verlorenen und gestohlenen Sachen, der frühere Besitzer eine Klage auch gegen den redlichen Singular-Successor haben soll, der letztere also, wenn er die Sache herausgeben muß, auf den Rückgriff gegen seinen Auctor beschränkt ist, mag an sich zweifelhaft sein. Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch bestimmt, daß an Mobilien, die ein Kaufmann in seinem Handelsbetriebe veräußert und übergeben hat, der redliche Erwerber das Eigenthum erlange, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer gewesen sei. Für den Handelsverkehr ist damit jede Haftung des redlichen Singularsuccessors ausgeschlossen. Nachdem dieser Schritt gethan worden, ist auch für das gemeine bürgerliche Recht die Zulassung der Einrede des redlichen Erwerbes gegen die auf den früheren Besitz und auf den Verlust des Besitzes wider Willen gegründete recuperatorische Klage angezeigt. Die Klage scheint überall an eine kürzere Verjährungsfrist vom Zeitpunkt der thatsächlichen Möglichkeit der Klageerhebung an geknüpft werden zu müssen, schon damit dem Beklagten, der sich auf redlichen Erwerb berufen will, die Möglichkeit des Beweises seiner Einrede nicht durch den Zeitablauf genommen wird.

Anders bei Immobilien. Im heutigen Rechtsleben wird es als die Regel gelten können, daß die Thatsache des redlichen Erwerbes von Immobilien leichter und in kürzerer Frist liquide zu machen ist, als die Thatsache des gegenwärtigen oder des älteren Besitzes. Dies ist aber nicht immer so gewesen. In älteren Zeiten hat die Macht häufig als das beste Recht zum Besitz gegolten. In den Ländern zumal, in denen germanische Völker seßhaft geworden sind, gehört die Monopolisirung des Rechts durch den Staat erst einer verhält-

nißmäßig späten Zeit an. In Deutschland wurde mit dem Gebote des ewigen Landfriedens und der Errichtung des Reichskammergerichts, sowie der nach dem Muster des letzteren eingerichteten Territorialgerichte Manches anders. Aber die Wirren und Kämpfe des sechszehnten Jahrhunderts und der große Krieg des siebenzehnten wurden wiederum einer Befestigung des Rechtszustandes hinderlich. Das Recht mußte oft gesucht und gefunden werden im unmittelbaren Anschluß an das, was sich äußerlich als Recht darstellte oder dargestellt hatte, wie wenig auch solches, wenn man es auf die Voraussetzung des Rechts*erwerbs* zu prüfen gehabt hätte, die Probe bestanden haben würde. Als weder äußere Wirren noch die — allmählich überwundene — Neigung zu Gewaltthat und Selbsthilfe eine Consolidirung des Rechtszustandes mehr hinderten, also von der letzten Hälfte des siebenzehnten Jahrhunderts an, waren wieder die Mittel des Rechts ungenügend, um dem Recht zum Besitz eine ausreichende Gewähr der Realisirung zu geben. Bekannt ist das Zeugniß, welches Göthe aus der Zeit seines Aufenthalts in Wetzlar den Mitgliedern des Reichskammergerichts ausgestellt hat: — „frisch arbeiten sie weg, was kurz abgethan werden kann und muß, was über den Augenblick entscheidet, und was sonst leicht beurtheilt werden kann. — Die Sachen von schwererem Gehalt dagegen, die eigentlichen Rechtshändel, blieben im Rückstand, und es war kein Unglück. Dem Staate liegt nur daran, daß der Besitz gewiß und sicher sei, ob man mit Recht besitze, kann ihn weniger kümmern."

Anders liegt die Sache in der heutigen Zeit. Mit der Herstellung äußerer Ruhe und Ordnung, mit der Einrichtung einer Rechtspflege, welche der Aufgabe einer Entscheidung der Rechtshändel in den gewiesenen Formen vollständig zu genügen vermag, und mit der Gewährung der Mittel, die getroffenen Entscheidungen zur Ausführung zu bringen, muß das Bedürfniß eines auf den Besitz gestellten Rechtsschutzes gegenüber dem auf den Erwerb gestellten der Natur der Sache nach in den Hintergrund treten, zumal überall da, wo der Erwerb des Eigenthums von Immobilien an die schriftliche Beurkundung des Vertragswillens gebunden ist. Bei Einrichtungen aber, wie sie die preußische Hypothekenbuchsordnung vom 20. December 1783 geschaffen hat, nehme ich das Bedürfniß eines possessorischen Schutzes für den *Sach*besitz an Immobilien überhaupt nicht mehr an. Gegenüber dem Ausspruch *Ihering's*, daß die

Nothwendigkeit des Besitzschutzes wohl noch nie ernstlich in Frage gestellt worden sei, berufe ich mich auf die preußischen Praktiker darüber, daß die durch die ältere preußische Hypothekenbuchsverfassung gewährleistete Sicherheit des Eigenthums ein eigentliches Bedürfniß für den possessorischen Schutz in Ansehung des Besitzes von Immobilien, bei welchem der Besitzer die Sache wie seine eigene haben will, nicht hat entstehen lassen, und daß auch betreffs der nicht in das Hypothekenbuch eingetragenen Grundstücke für einen solchen Besitzschutz bei der allgemeinen Gewißheit und Sicherheit des Eigenthums kein Bedürfniß vorhanden gewesen ist. Während einer mehr als zehnjährigen Thätigkeit als Mitglied von Proceßgerichten in preußischen Landestheilen, in denen Landrecht und Hypothekenordnung gelten, sind mir nur zwei Fälle, in denen Schutz des Sachbesitzes verlangt worden, vorgekommen. Beide Fälle betrafen Grundstücke, die im Eigenthum von Corporationen standen und deshalb nicht in das Hypothekenbuch eingetragen waren. Das Eigenthum wäre indeß ebenso leicht liquide zu machen gewesen, wie der Besitz unbestreitbar war. Es handelte sich nur um Schutz des Besitzes gegen Störung. Das Bedürfniß für ein possessorisches Rechtsmittel lag in keinem der Fälle vor.

Wieder anders hat sich nach der neuesten Entwickelung des preußischen Grundbuchrechts die Frage gestaltet. An die Stelle der Manifestation des Eigenthums im Besitz ist hier eine andere Manifestation des Eigenthums getreten, welche ungleich mehr Sicherheit gibt und die vermöge der ihr gewährleisteten Sicherheit die wichtigste Grundlage des Eigenthumsschutzes zu bilden berufen ist, nämlich die Klarlegung des Eigenthums durch den Inhalt des Grundbuchs. Das Gesetz vom 5. Mai 1872 über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten läßt im Falle einer freiwilligen Veräußerung Eigenthum an einem Grundstück nur durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigenthumsübergangs erworben werden, gibt dem im Grundbuch eingetragenen Eigenthümer kraft seiner Eintragung die Befugniß, alle Klagerechte des Eigenthümers auszuüben und erklärt ihm gegenüber den Erwerb des Eigenthums durch Ersitzung für unstatthaft. Damit ist der Eigenthumsschutz auf die durch die Eintragung im Grundbuch manifestirte Existenz des Eigenthums gestellt. Dem eingetragenen Eigenthümer sind also

die Rechtsmittel des Besitzes nutzlos, da er sein Eigenthum leichter als seinen Besitz liquide machen kann. Dasselbe gilt von dem Besitzer, von dessen Willen es abhängt, als Eigenthümer eingetragen zu werden. Eben so sind die Besitzklagen dem eingetragenen Eigenthümer gegenüber, so wie demjenigen gegenüber, der in der Lage ist, seine Eintragung als Eigenthümer jeder Zeit herbeizuführen, nutzlos, da der Besitzschutz durch die sofort liquide zu machende Eigenthumsklage illusorisch wird. Dabei kommt in Betracht, daß die Eigenthumsklage des eingetragenen Eigenthümers gegen Einreden aus einem Recht auf den Besitz in ähnlicher Weise privilegirt ist, wie die römischen Besitzklagen. Hat nämlich der Beklagte von dem Kläger oder dessen Rechtsvorgänger auf Grund eines den Eigenthumserwerb bezweckenden Rechtsgeschäfts den Besitz eines Grundstücks erhalten, so können die aus dem Rechtsgeschäft herzuleitenden Rechte nicht durch Einrede, sondern nur durch Klage oder Wiederklage geltend gemacht werden. Die Eigenthumsklage ist also durch die Eintragung nicht blos liquide gemacht, sondern auch gegen Einreden des beklagten Besitzers aus einem Recht zum Besitz gesichert.

Es fragt sich, welche Wirksamkeit für die zum Schutz des Sachbesitzes an Immobilien bestimmten Rechtsmittel noch möglich ist, wenn die Grundbücher dem Gesetz gemäß angelegt sind. Nicht für alle Grundstücke ist die Anlegung eines Grundbuchblatts unbedingt erforderlich. Für Domänen und andere dem Staat gehörige Grundstücke, für Grundstücke der Kirchen, Klöster, Schulen und Gemeinden, für Eisenbahnen und öffentliche Landwege bedarf es derselben nur im Fall der Veräußerung oder Belastung oder wenn von dem Eigenthümer oder einem Berechtigten darauf angetragen wird. Hier also haben, wenn die Anlegung eines Grundbuchblatts nicht erfolgt, die possessorischen Rechtsmittel noch Raum, um wirksam zu werden. In Ansehung des Grundeigenthums, für das Grundbücher angelegt werden müssen, lassen sich ebenfalls noch Fälle denken, in denen es Gelegenheit gibt, von jenen Rechtsmitteln Gebrauch zu machen, ohne daß sie durch den Inhalt des Grundbuchs überflüssig oder sofort wirkungslos gemacht werden, so wenn nach dem Tode des eingetragenen Eigenthümers die Legitimation der Erben nicht alsbald geführt werden kann, oder Streit über das Erbrecht ausbricht und einer der Erbprätendenten den Besitz des Immobile ergriffen hat,

echtsgeschäfts, vermöge dessen
thümer hat, Besitzer geworden
sein Recht erst gegen den als
ß, oder aus anderen Gründen

chkeit, daß von dem possesso=
mit Erfolg Gebrauch gemacht
Eigenthumsschutzes noch vor.
h es, daß bei einer solchen
r Schutz der Herrschaft über
Eigenthumswillen hat, ein

wenigstens in so weit der
, daß eine auf den Besitz,
Willen des bisherigen Besitzers
jeden Anderen, als den als
würde, so daß also eine Be=
Inhalt des Grundbuchs liquide
hungsweise — ohne exceptio
entweder für ein Grundstück
Grundbuch zur Zeit vernichtet
umsübergänge, wenn das im
hne Auflassung von Hand zu
gentümer Eingetragene nicht
llen läßt. Aber ein zwingendes
kann ich auch in diesen Fällen

für welche die Anlegung eines
, wird das Eigenthum regel=
acht werden können, wie der
chtung der Grundbücher kann
ischen Klage, welche bis zur
virksam wäre, ebenfalls nicht
daß eine Vernachlässigung der
erwerb an Grundstücken statt=
ebensowenig zur Rechtfertigung
ische Grundbuchrecht nicht als
daß der Rechtsverkehr die bis=

herige Uebertragungsart der Tradition festhielte und die Auflassung verschmähte, so könnte sich ein Analogon des quiritarischen und bonitarischen Eigenthums bilden, und es würden dann auch besondere hierauf berechnete Rechtsmittel erforderlich werden. Aber davon kann zur Zeit wenigstens nicht die Rede sein. Träten ferner in unserem socialen Leben Zustände ein, mit denen eine dauernde Aufhebung der Thätigkeit der Grundbuchämter und der Autorität der Gerichte verbunden wäre, so daß die Sicherheit des Eigenthums auf längere Zeit verschwände, so würde schließlich nichts übrig bleiben, als, wie im Mittelalter in Italien und bis nach dem dreißigjährigen Kriege in Deutschland, den Eigenthumsschutz wiederum auf den Besitz zu stellen.

Bei einem sachenrechtlichen Schutze, wie ihn die preußische Grundbuchsverfassung betreffs der Immobilien und die Fortbildung des französischen Rechts und des deutschen Handelsrechts betreffs der Mobilien gestalten kann, scheint mir für einen possessorischen Schutz ein weiteres Bedürfniß nicht mehr vorzuliegen, als das, welches in der allgemeinen Zulassung provisorischer Verfügungen zum Schutz eines bestrittenen und noch nicht liquide gestellten Rechts Befriedigung findet. Das Bedürfniß, dem, der ein Recht auf den Besitz, beziehungsweise auf den ungestörten Besitz einer Sache behauptet, unter gewissen Voraussetzungen für das behauptete Recht provisorischen Schutz durch Verfügungen zu geben, welche so lange wirken, bis die Frage des Rechts entschieden ist, wird bei den besten Einrichtungen der Rechtspflege vorhanden sein, ebenso wie im Gebiete des Obligationenrechts vorläufige Maßregeln zur Sicherung von noch nicht rechtskräftig festgestellten Forderungen und im Gebiete des Eherechts derartige Verfügungen über Gestattung des Getrenntlebens der Eheleute vor dem Urtheil über die Ehescheidung nicht zu entbehren sind.

Der Entwurf der deutschen Civilproceßordnung (Berlin 1871) enthält folgende Bestimmungen:

§ 731. Einstweilige Verfügungen in Beziehung auf den Streitgegenstand sind zulässig, wenn zu besorgen ist, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.

§ 734. Das Gericht bestimmt nach freiem Ermessen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zwecks erforderlich sind.

Die einstweilige Verfügung kann auch in einer Sequestration,

sowie darin bestehen, daß dem Besitzer eine Handlung geboten oder verboten, insbesondere die Veräußerung, Belastung oder Verpfändung eines Grundstücks untersagt wird.

§ 736. Einstweilige Verfügungen sind auch zum Zweck der Regulirung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältniß zulässig, sofern diese Regulirung, insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen, zur Abwendung wesentlicher Nachtheile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nöthig erscheint. —

Diese Vorschriften halte ich für ausreichend, um bei der durch das Grundbuchwesen anzubahnenden Gestaltung des Eigenthumsschutzes an die Stelle aller der Rechtssätze zu treten, welche bisher bestimmt gewesen sind, betreffs der Immobilien den Schutz des Sachbesitzers, der den Eigenthumswillen hat, zu regeln.

Das Resultat, zu dem ich damit gelange, fasse ich in folgenden Sätzen zusammen:

1. Ein Besitzschutz ohne alle Beziehung auf das Recht zum Besitz ist ein juristisch nicht construirbares Ding, dessen Vorhandensein nur durch die in diesem Punkt mangelhafte Ausbildung des römischen Rechts erklärt werden kann.

2. Ein Besitzschutz, bei dem im Besitz das Recht zum Besitz geschützt wird, hat in Ansehung der Immobilien, wenn dies Recht Eigenthum ist, keine Berechtigung zur Existenz, sofern ausreichende Mittel gewährt sind, um das Eigenthum sofort liquide zu machen.

3. In Ansehung der Mobilien ist für den Eigenthumsschutz genügend gesorgt, wenn er in der Form des Besitzschutzes bei Verlust des Besitzes wider Willen oder bei Störung des Besitzes gegeben, übrigens aber der gegenwärtige Besitzer gegen alle Ansprüche, die ein Anderer auf Grund Eigenthums- oder eines anderen dinglichen Rechts erheben möchte, durch den Nachweis des redlichen Erwerbs der Sache geschützt wird.

4. Unter den Voraussetzungen, unter welchen provisorische richterliche Verfügungen überhaupt zu erlassen sind, kann auch Schutz des Besitzes gegen Störung und Entziehung vor definitiver Entscheidung über das Recht selbst oder Sequestration der streitigen Sache bis zur Entscheidung über das Recht zum Besitz angeordnet werden.

Wenn für den Besitz, bei dem der Besitzer den Willen hat, die Sache wie eine eigene zu haben, kein Bedürfniß besonderer

possessorischer Klagen mehr anzuerkennen ist, so scheint auf der Hand zu liegen, daß auch für diejenigen Fälle, in denen das römische Recht Besitz ohne den Eigenthumswillen anerkennt, besondere possessorische Rechtsmittel sich entbehren lassen. Die römische Emphyteuse und das römische Precarium bedürfen überall keiner Fürsorge mehr. Der Pfandgläubiger wird in Ansehung der Mobilien durch den auf den Besitz gestellten Rechtsschutz und in Ansehung der Immobilien durch den Rechtsschutz, den ihm die Eintragung gibt, gedeckt. Eine Sequestration zum Zweck der Unterbrechung der Ersitzung, ut neutrius possessioni id tempus procedat (l. 17 § 1 depos.) ist gegenwärtig wohl unerhört. Bei Mobilien kann sie, wenn der Rechtsschutz auf den Besitz gestellt wird, nicht einmal mehr vorkommen, da alsdann eine Ersitzung nicht mehr stattfindet, und bei Immobilien ist sie nach Anlegung der Grundbücher nur möglich, wenn ein Grundstück in Frage ist, für das die Anlegung eines Grundbuchblatts nicht vorgeschrieben ist. Aber auch hier bieten überall die provisorischen Verfügungen das Mittel, den Schutz zu gewähren, der dem unabweisbaren Bedürfniß entspricht.

Auf die Ausdehnung, welche dem Besitzschutz im preußischen, österreichischen und sächsischen Recht durch seine Anwendung auf den „unvollständigen Besitzer", Pächter u. s. w. gegeben worden ist, habe ich bei Besprechung des Rechtsbesitzes zurückzukommen.

…pitel.

…Verlust des Besitzes.

…tung.

… vom Besitz handelt, ist über-
… possessione", der entsprechende
… „de adquirenda et retinenda
… von Rechtssätzen, welche den
…lt der Besitz eine Stellung im
…tiven Rechte entspricht. Man
…s erworben hat. Der Beweis
… Rechts ist geführt, wenn der
…ndem der Besitz juristische Be-
…wird er, wie Brinz dies aus-
…ng der Rechtssätze, welche den
…h verschieden von denen, welche
…nnen. Der einmal erworbene
…s er aufhört, wie jedes Ding
…ber während man als berechtigt
… Rechtserwerbes vorliegen, ist
…ungen des Besitzerwerbes zu-
…ngen der Existenz des Besitzes
…r Besitz freilich erworben sein.
…n subjectiven Rechte dienstbar
…n Betracht, weil er erworben

ist, sondern weil er da ist, beziehungsweise zu einer bestimmten Zeit oder eine bestimmte Zeit hindurch da gewesen ist. Daher hat, während das römische Recht die Voraussetzungen, unter denen die subjectiven Rechte fortdauern, nicht bestimmt, sondern nur Vorschriften über den Erwerb und den Untergang der Rechte enthält, beim Besitz auch die Fortdauer positive Bestimmungen. In der erwähnten Ueberschrift des Codextitels hat dieser Gegensatz, in welchem der Besitz zu den subjectiven Rechten steht, Ausdruck erhalten.

§ 40. Animus und corpus beim Besitzerwerbe.

Der Besitzerwerb erfordert einen inneren und einen äußeren Vorgang. Der erstere besteht in der Willensrichtung auf den Erwerb, (animus) der andere in der Realisirung des Willens (corpus).

Geht man von dem als Grundlage des Besitzes von den römischen Juristen selbst angenommenen räumlichen Verhältnisse der Person zur Sache aus, in welchem die Sache als der Person unterworfen sich äußerlich darstellt, so würde die materielle Seite der Erfordernisse des Besitzerwerbes vorweg zu erörtern, und daran würden die aus dem Willensmomente hervorgehenden Bestimmungen anzureihen sein. Wird aber der Besitzbegriff in der Gestalt erfaßt, in der er allein darauf Anspruch hat, dem Recht anzugehören, so ist der Besitzwille voranzustellen, da aus ihm das Requisit des corpus, das ja eben nichts anderes ist, als die Realisirung des Willens, Bestimmungen zu entnehmen hat.

Einige Schriftsteller fassen den Besitzwillen in der Bedeutung auf, daß in seinem Begriff zugleich seine Realisirung liegen soll. Kierulff hat dieser Auffassung dahin Ausdruck gegeben, daß ein „wirklicher Wille“ sich nur da annehmen lasse, wo das Wollen zugleich ein Können sei. Dabei bemerkt er, daß ein solches Wollen nur dann vorliege, wenn es ein bestimmtes Wissen von dem Object enthalte, auf dessen ausschließliche Beherrschung der Wille gerichtet sei.[1]) Lenz hat den Gedanken Kierulff's weiter verfolgt. Er unterscheidet im Besitzerwerb dreierlei: affectio, scientia und corpus. Unter der affectio versteht er den Willen in seiner subjectiven Beschaffenheit und in der Abstraction von seinem Gegenstande, unter scientia die

[1]) Civilrecht S. 373. 378 f.

Erkenntniß des Objects seitens des Wollenden, das Wissen als immanente Voraussetzung für die Richtung des Willens auf einen bestimmten Gegenstand, und unter dem corpus die machtvolle Aeußerung des Besitzwillens, seine „reale und objective Möglichkeit."[1]) Es werden uns also drei Requisite des Besitzerwerbes statt der üblichen zwei, und diese drei werden uns als Qualificationen des Willens entgegengebracht, so daß das corpus nicht ein neben dem Willen bestehendes selbständiges Requisit, sondern den Willen selbst in dem letzten Stadium der Sache gegenüber bedeutet. Aber affectio und scientia lassen sich nicht wohl trennen. Das Wissen ist nothwendige Voraussetzung des Wollens. Getrennt von der scientia ist die affectio ein wesenloses Ding, eine schattenhafte Abstraction. Das corpus dagegen ist kein bloßes Moment des Besitzwillens, wie die scientia. Die Verwirklichung des Willens ist nicht, wie das Bewußtsein von dem Gewollten, dem Begriff des Willens immanent, und wenn im Besitz kein anderer Wille geschützt wird, als derjenige, der sich verwirklicht hat, so folgt daraus nur, daß der Wille und seine Verwirklichung zwei Factoren des Besitzerwerbes sind, welche in steter Beziehung zu einander stehen, ohne daß darum der zweite zu einem bloßen Moment des ersteren herabzudrücken ist.

Der Wille zu besitzen geht in den meisten Fällen seiner Realisirung der Zeit nach voran. Das corpus kann aber auch schon vor dem animus vorhanden sein. Der letztere Fall liegt vor bei der sogen. brevi manu traditio, bei welcher der bisherige Detentor durch ein Rechtsgeschäft, das er mit dem bisherigen Besitzer schließt, selbst zum Besitzer wird (l. 9 § 5 de adq. rer. dom., l. 62 pr. de evict., l. 9 § 9 de reb. cred.), bei der bedingten Tradition, bei welcher die Sache aus der Hand des Einen in die des Anderen gelangt, die Wirkung des Besitzerwerbes für den Empfänger aber von dem Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht ist (l. 38 § 1 de poss.) und überall da, wo ein Inhaber der Sache eigenmächtig den Verlust des Besitzes für den, der bis dahin besessen hat, herbeiführt und sich selbst zum Besitzer macht.

---

[1]) Besitz S. 99 ff. 168 ff.

I. Erfordernisse des Besitzerwerbes in Ansehung des Willens.

§ 41. Willensfähigkeit des Erwerbenden.

a. Römisches Recht.

Der Wahnsinnige ist unfähig zum Besitzerwerbe, weil er keine affectio tenendi haben kann.

Der Pupill kann Besitz erwerben, wenn er die zum Verständniß des Actes erforderliche Altersreife hat.

Fehlt ihm dieselbe, so erwirbt er regelmäßig nicht anders Besitz, als wenn der Tutor seine auctoritas interponirt. Mit dieser auctoritas erwirbt er auch dann Besitz, wenn er noch im Alter der infantia steht. Streng genommen kann freilich die auctoritas tutoris nur einen Rechtsact gültig machen, wenn ein eigenes Handeln des Pupillen sich voraussetzen läßt. Aber aus Zweckmäßigkeitsgründen hat man ihr die Wirkung beigelegt, daß sie, zumal der Tutor ja auch als Vertreter des Kindes für dasselbe Besitz erwirbt, selbst das mangelnde Verständniß des Actes der Besitzergreifung auf Seite des Pupillen ergänzt.

Ausnahmsweise kann sogar ein infans ohne auctoritas tutoris Besitz erwerben. Die in der Natur der Sache liegende Voraussetzung eines solchen Besitzerwerbes ist das Vorhandensein eines genügenden Grades der Entwickelung des Verstandes und des Willensvermögens des Kindes. Der Besitzerwerb ist auf Sachen eingeschränkt, die ein Anderer dem Kinde schenkt und die von der Beschaffenheit sind, daß das Kind sie haben und behalten kann. Auch dies ist aus Zweckmäßigkeitsgründen angenommen worden, weil, wenn in einem solchen Falle der Tutor zu spät kommt, um durch seine Thätigkeit dem Kinde die Sache zu sichern, die Sache dem Kinde verloren sein würde.

Diese Sätze finde ich in folgenden Stellen ausgesprochen: l. 1 § 3 de poss. Paulus: Furiosus, et pupillus sine tutoris auctoritate, non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. sed pupillus tutore auctore incipiet possidere. Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut in-

tellectum capiant. — l. 32 § 2 de poss. Paulus: Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit, nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris: utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem. pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest. — c. 3. de poss. Imp. Decius: Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes: tamen consultius videtur interim (licet animi plenus non fuisset adfectus) possessionem per traditionem esse quaesitam: alioquin (sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur) nec quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri.

Die Stellen haben mehre Controversen veranlaßt.

I. Nach der herrschenden Meinung ist in der ersten Stelle die Fähigkeit der impuberes zum Besitzerwerbe ohne auctoritas tutoris von dem Verständnisse des Acts des Besitzerwerbes abhängig gemacht. Einige Schriftsteller nehmen an, daß für diejenigen impuberes, welche die infantia überschritten haben, die Fähigkeit zum Besitzerwerbe eine absolute, von dem Vorhandensein der genügenden Einsicht unabhängige sei. Aber die Gründe dafür sind nicht zutreffend. Die Meinung geht darauf hinaus, daß der Thätigkeit einer Person die Bedeutung einer Rechtshandlung lediglich aus dem Grunde beigelegt wird, weil die Thätigkeit äußerlich die Merkmale der Rechtshandlung an sich trägt, und daß eine Untersuchung der Frage ausgeschlossen ist, ob die Person die Rechtshandlung hat vornehmen wollen und ob sie überhaupt willensfähig gewesen ist. Ein Rechtssatz, welcher die Möglichkeit des Besitzerwerbes durch einen Pupillen von diesen Gesichtspunkten aus bestimmen wollte, wäre nicht ohne Beispiel, denn Pupillen können durch Verbalcontracte ohne auctoritas tutoris Gläubigerrechte erwerben, wenn sie nur die Worte, welche bei der Stipulation zu sprechen sind, von sich zu geben vermögen, ohne Rücksicht darauf, ob sie ein Verständniß der rechtlichen Bedeutung des Actes haben.[1] Aber dieser Satz, der als auf einer im Interesse

[1] l. 1 §§ 12. 13 de obl. et act. Gaius: Furiosum, sive stipulatur sive promittat, nihil agere natura manifestum est. Huic proximus est, qui eius aetatis est, ut nondum intellegat, quid agatur: sed quod ad hunc benignius acceptum est: nam qui loqui potest, creditur et stipulari et

des Pupillen stattfindenden benignior iuris interpretatio beruhend hingestellt wird, trägt das Gepräge der Singularität so klar an sich, daß er sich auf andere Fälle nicht ausdehnen läßt. Es kann gegenüber Vangerow und Sintenis, welche die abweichende Meinung vertheidigt haben, zugegeben werden, daß die Worte der ersten der obigen drei Stellen „si eius aetatis sint, ut intellectum capiant", sich als einen umschreibenden Ausdruck für jeden infantia maior würden auffassen lassen, daß sie also der fraglichen Meinung nicht entgegenstehen würden, wenn sich die letztere aus anderen Stellen klar ergäbe. Aber daran fehlt es. Vangerow findet im Schlußsatze der zweiten der obigen Stellen und in der l. 9 pr. de auct. et cons. tut. den Satz, daß der pupillus ohne auctoritas tutoris Besitz erwerben könne, ohne alle Unterscheidung ausgesprochen.[1]) Aber die Stellen sprechen nur aus, daß Pupillen zum Erwerbe des Besitzes ohne auctoritas tutoris überhaupt fähig sind, nicht, daß diese Fähigkeit eine absolute ist. Damit ist also nicht ausgeschlossen, den Maßstab zur Beurtheilung ihrer Fähigkeit nach der l. 1 § 3 de poss. in dem Grade ihrer Altersreife zu finden. Wenn Sintenis aus der l. 32 § 2 de poss. und der c. 2 de poss. schließen will, daß in den fraglichen Worten der l. 1 § 3 de poss. die Grenze der infantia gemeint sei,[2]) so vermag ich ihm nicht zu folgen. Wäre auch, was ich bestreite, in der c. 3 de poss. die auctoritas tutoris zu subintelligiren, so würde daraus, daß infantes auctoritate tutoris Besitz erwerben können, unmöglich zu schließen sein, daß impuberes infantia maiores der auctoritas tutoris zum Besitzerwerbe niemals bedürften.

II. In der zweiten Stelle hat die Bedeutung der auctoritas

---

promittere recte posse. § 10 de inutil. stipul: — quod diximus de pupillis, utique de his verum est, qui iam aliquem intellectum habent: nam infans et qui infanti proximus est non multum a furioso distant — sed in proximis infanti propter utilitatem eorum benignior iuris interpretatio facta est, ut idem iuris habeant, quod pubertati proximi (sc. ratione stipulationis).

[1]) Pand. Bd. 1. § 204. Anm. 1. Nr. 2. — l. 9 pr. de auct. et cons. tut. Gaius: Obligari ex omni contractu pupillus sine tutoris auctoritate non potest: adquirere autem sibi stipulando et per traditionem accipiendo etiam sine tutoris auctoritate potest. — Vgl. auch Goldschmidt im A. f. civ. Pr. Bd. 39. S. 434 f.

[2]) Civilrecht Bd. 1 § 44 Note 17.

tutoris und der Satz: nam alioquin nullus sensus infantis est accipiendi possessionem zu Controversen Veranlassung gegeben.

Die ältere, bis auf die Glosse [1]) zurückgehende Auffassung war die, daß alioquin die Bedeutung: sine tutoris auctoritate haben sollte, der Satz also mit „denn außerdem, d. h. ohne auctoritas tutoris kann das Kind keinen auf den Besitzerwerb gerichteten Sinn haben" wiederzugeben wäre. Die neueren Interpreten seit Savigny nehmen an, daß die Stelle nicht die Nothwendigkeit der auctoritas tutoris beweisen, daß sie vielmehr erklären solle, warum die auctoritas beim Besitzerwerbe eines Kindes wirksam sei. Sie stimmen also darin überein, daß diese Wirksamkeit einer besondern Rechtfertigung bedurft habe.

Savigny findet diese Rechtfertigung darin, daß der Act des Besitzerwerbes des Kindes auctoritate tutoris auch so betrachtet werden könne, als ob der Vormund im Namen des Kindes Besitz ergreife. [2]) Die meisten Neueren sind ihm gefolgt.

Abweichend sind die Auffassungen Puchta's und Denzinger's. Der erstere nimmt an, in der Stelle seien Kinder gemeint, die nicht alles Willens überhaupt ermangeln, und unter der auctoritas tutoris sei hier die äußere Autorität, die Weisung, der Befehl des Vormundes zu verstehen, wodurch das Kind nicht blos zum Nehmen, sondern zum Behalten veranlaßt werde. [3]) Denzinger geht davon aus, daß eine Vertretung des Pupillen durch den Vormund beim Besitzerwerbe nur für den Apprehensionsact stattfinde, während der Pupill den Besitzwillen selbst haben müsse, daß also der Tutor den Pupillen nur wie ein Procurator vertrete, und daß darnach infantes wegen ihrer Willensunfähigkeit unfähig zum Besitzerwerbe seien. Weiter führt er aus, daß als Ersatzmittel der dem Kinde abgehenden Möglichkeit, durch den Tutor als Repräsentanten Besitz zu erwerben, die auctoritas tutoris verwendet worden sei. Ursprünglich habe dieselbe nur die Unfähigkeit des Pupillen zu Rechtshandlungen mit

---

[1]) Gl. nam alioquin.

[2]) Besitz S. 250. — Lenz, Besitz S. 161 f., giebt in seiner längeren Argumentation, welche in dem Satze culminirt: „kann der Tutor allein für und ohne das Kind Besitz ergreifen, so muß seine bei dem Acte selber ertheilte Auctoritas auch als Ersatz für den Fall gelten, wenn dasselbe wirklich nicht gewußt hat, was es wollte" (S. 162) nur eine Paraphrase der Worte Savigny's.

[3]) Kleine juristische Schriften XIX. S. 307 ff. (Rheinisches Museum Bd. 5 III.)

solenner Form, in ihrer späteren Anwendung auch die Unvollkommenheit der Geschäftseinsicht des Pupillen gedeckt, sei also auch auch in dieser Bedeutung beim Kinde ausgeschlossen gewesen. Um sie für den Besitzerwerb eines Kindes nutzbar zu machen, habe es einer singulären Rechtsnorm bedurft, und von dieser sei in der Stelle die Rede. Die auctoritas tutoris ersetze in der fraglichen Anwendung die Urtheilskraft des Kindes. Die Einführung des Besitzerwerbes der Kinder auctoritate tutoris hat also nach Denzinger darin ihren Grund, daß Kinder, weil sie den animus possidendi in sich zu erwecken nicht vermögen, auch nicht durch Stellvertreter Besitz erwerben können, wenn nicht eine künstliche Hilfe das Hinderniß aufhebe. Mit der Einführung der auctoritas tutoris für diesen Fall aber ist eine Stellvertretung des Kindes durch den Vormund auch in Ansehung des animus possidendi möglich geworden.[1])

Die Auffassungen Puchta's und Denzinger's haben sich Anerkennung nicht erringen können. Die erstere leidet in dem Puncte, daß nach ihr die Möglichkeit des Besitzerwerbes durch ein Kind auctoritate tutoris von dem Vorhandensein eines gewissen, nach Maßgabe der Beschaffenheit des Besitzobjectes größeren oder geringeren Grades natürlicher Willensfähigkeit abhängig zu machen ist, so daß es also im concreten Falle darauf ankommen würde zu untersuchen, ob der Grad der Willensfähigkeit, der sich durch Autorität, Weisung, Befehl des Vormundes zum Haben oder Behalten der Sache bestimmen läßt, vorhanden gewesen ist. Und doch begreift die auctoritatis interpositio materiell die ganze Thätigkeit in sich, die der Vormund entwickeln muß, damit er für das Kind Besitz erwerbe. Auf das praktische Resultat, daß die Wirkung der auctoritas tutoris von der intellectuellen Entwickelung des Kindes nicht abhängig sei, läuft zwar die Argumentation Denzinger's hinaus. Aber der Weg, auf dem er das Resultat gewinnt, die Gleichstellung des Tutors mit dem Procurator darin, daß beide Besitz für den Repräsentirten nicht anders erwerben, als wenn der letztere selbst den Besitzwillen habe, und die Erklärung der Anwendung der auctoritas tutoris auf den Besitzerwerb von Kindern durch das Bedürfniß, ein Surrogat der Stellvertretung des Kindes durch den Tutor in

[1]) A. f. civ. Pr. Bd. 31. VII und XIII.

Ansehung des animus possidendi zu finden, kann unbedenklich als Abweg bezeichnet werden.

Eine andere Controverse knüpft sich an den Zwischensatz der l. 32 § 2 de poss: nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem. Savigny hat dieser Lesart, welche der Florentina angehört, die folgende substituirt: nam alioquin nullus consensus est infantis accipienti possessionem. Der Jurist hat, meint Savigny, mit diesem Satze die Möglichkeit des Besitzerwerbes durch ein Kind auctoritate tutoris trotz mangelnder Willensfähigkeit des Kindes damit rechtfertigen wollen, daß auch in einem anderen Falle (nam alioquin) — nämlich in dem Falle eines durch den Vormund selbst im Namen des Kindes geschehenden Besitzerwerbes — eine Einwilligung des Kindes in den Besitzerwerb dem Vormunde gegenüber, der den Besitz erwerbe, nicht stattfinde (nullus consensus infantis est accipienti possessionem) [1]. Puchta faßt unter Adoptirung der Lesart der Florentina den fraglichen Satz als Motivirung des vorangehenden utilitatis enim causa hoc receptum est in der Art auf, daß er beide Sätze wie folgt wiedergibt: dem Bedürfniß nämlich nachgebend hat man dies angenommen; denn sonst freilich (abgesehen von jener Nachgiebigkeit, also streng genommen) fehlt dem Kinde der auf die Gewinnung des Besitzes gerichtete Sinn. [2]) Nach Denzinger, der die von Savigny substituirte Lesart annimmt, bedeutet der Satz: im übrigen — nämlich wenn man der auctoritas tutoris die Wirkung, die Urtheilskraft des Kindes zu ersetzen nicht beilegt — fehlt es an einem Consens zur Handlung desjenigen, der die Apprehension vornimmt, d. h. es fehlt an dem nach Art eines Consenses die Handlung des Stellvertreters bestätigenden aminus possidendi. Doch meint Denzinger, daß auch die Lesart der Florentina, wenn man den Satz mit Puchta erkläre, einen Unterschied in der Hauptsache nicht begründe. [3]) Weitere Anerkennung hat sich die Savigny'sche Lesart, nachdem der Satz, wie ihn die Florentina gibt, von Puchta in durchaus befriedigender Weise erklärt worden ist, nicht verschaffen können. Der Vorzug der Lesart der Florentina ist um so mehr gerechtfertigt, als der Satz in

---

[1]) Besitz S. 251 ff.

[2]) a. a. O. S. 312 f.

[3]) a. a. O. S. 280. 281 Note 15.

der Savigny'sche Lesart dem Gedanken, den er nach Savigny aussprechen soll, einen recht wenig glücklichen Ausdruck geben würde. Hätte der Jurist den Besitzerwerb eines Kindes auctoritate tutoris damit rechtfertigen wollen, daß der Vormund als Repräsentant des Kindes für dasselbe Besitz erwerben könnte, so würde er das tertium comparationis in der Thätigkeit des Vormundes, also darin, daß der Vormund bei der auctoritatis interpositio wesentlich dasselbe thue, als bei der Repräsentation des Kindes, gesucht haben, aber schwerlich darin, daß es auf den Willen des Kindes in dem einen Falle wie in dem anderen nicht ankomme. Das Argument, daß bei der Repräsentation von dem Willen des Repräsentirten abgesehen wird, läßt sich mit dem Satze, daß eine Person ausnahmsweise als handelnd in Betracht kommt, ohne willensfähig zu sein, nur in eine gezwungene Verbindung bringen.

III. Auch über die Auslegung der dritten Stelle wird controvertirt. Von neueren Auslegern sind vier verschiedene Ansichten zu verzeichnen.

Nach Savigny ist in der Stelle die interpositio auctoritatis zu supponiren, so daß die Stelle nur die Anwendung des in der l. 32 § 2 de poss. ausgesprochenen Rechtssatzes enthalten soll.[1] Dem entsprechend faßt er den Ausdruck „non plenus animi affectus“ dahin auf, daß das Kind juristisch betrachtet gar keinen animus habe. Unter dem Worte „interim“ ist nach ihm die Zeit bis zum Eintritte der Pubertät des Kindes zu verstehen. Den Schlußsatz der Stelle aber nimmt er als gleichbedeutend mit dem oben besprochenen Zwischensatze der l. 32 § 2 de poss. Auch hier findet er den Besitzerwerb durch den Tutor als Vertreter des Kindes dem Besitzerwerb auctoritate tutoris gegenübergestellt, wobei er von der seitdem widerlegten Ansicht ausgeht, daß mit dem in dem Rescript enthaltenen Allegat der Responsen Papinian's die l. 32 § 2 de poss., welche die Florentina fälschlich als von Paulus herrührend bezeichne, gemeint sei.

Dagegen verstehen Puchta, Denzinger und Lenz die Stelle dahin, ein Kind könne auch ohne Auctoritas des Tutors Besitz erwerben. Puchta nimmt an, daß, so wie der Wille des Tutors

[1] Besitz S. 253 ff.

bei der Interposition der auctoritas bestimmend auf das Gemüth des Kindes einwirke, und durch eine wenn auch nicht vollständige so doch annähernde Hervorbringung der Willensrichtung des Kindes auf den Besitzerwerb den letzteren vermittele, der Besitzerwerb auch dann stattfinden solle, wenn ein Tradent, der dem Kinde eine Sache schenke und es anweise, sie zu behalten und zu bewahren, das Kind aber unter diesem Einflusse die Sache mit einem dem plenus animi affectus nahe kommenden Willen, der freilich auch hier nicht vollständig mit dem eines Erwachsenen verglichen werden könne, apprehendire.[1]) Denzinger findet den Grund des Gesetzes ausschließlich in Rücksichten der Billigkeit, vermöge deren bei einem rein lucrativen Erwerbe mit Tradition und körperlicher Apprehension die Fiction Platz greife, daß alle Erfordernisse des Besitzerwerbes vorhanden seien.[2]) Lenz versteht die Sache ebenfalls nur von geschenkten und dem Kinde in der Art, daß es ihm selbst möglich werde, sie zu behalten, tradirten Sachen. Das Rescript beruht nach ihm auf demselben Princip, welches Inhalts der l. 1 § 3 de poss. für den Besitzerwerb der pupilli infantia maiores gilt: der Besitzerwerb des Kindes hängt von der individuellen subjectiven Reife und objectiv davon ab, ob bewandten Umständen nach das Kind das, was es gewollt, wirklich gewußt habe. Der Unterschied zwischen eigentlichen Pupillen und Kindern ist nach Lenz nur ein quantitativer.[3])

Unter „interim“ verstehen Puchta und Denzinger die Zeit bis zum Eintritte der Willensfähigkeit, des „animi plenus affectus“ des Kindes. Lenz dagegen faßt das interim als synonym mit interdum — bisweilen, unter Umständen — auf.[4]).

Der Schlußsatz „alioquin nec quidem per tutorem possessio infanti poterit acquiri“ bezieht sich nach Puchta und Denzinger auf den Besitzerwerb auctoritate tutoris. Denzinger paraphrasirt den Satz dahin: denn wollte man so streng sein, bei Kindern durchaus keine Ausnahme von den gewöhnlichen Regeln des Besitzes zuzulassen, so dürfte man dies auch nicht hinsichtlich des Besitzerwerbes tutore auctore thun. Puchta bemerkt dabei gegen Savigny, daß

[1]) a. a. O. S. 318 f. 321.

[2]) a. a. O. S. 437 ff.

[4]) Puchta a. a. O. S. 314. 320 f.; Denzinger a. a. O. S. 426; Lenz a. a. O. S. 166 f.

„per tutorem" nicht ein technisch fixirter Ausdruck für die Repräsentation sei, sondern ebensowohl auf den Erwerb des Besitzes durch den Vormund, wie auf den Erwerb mit Hilfe des Vormundes bezogen werden könne, daß aber aus dem Gegenüberstellen der Worte „per traditionem" und „per tutorem" zu folgern sei, das „per tutorem" bedeute auctoritate tutoris, d. h. der Direction des Willens durch den Trabenten habe die gleiche Wirkung mit der auctoritas tutoris beigelegt werden sollen. Lenz weicht auch hier ab. Er hält es nicht für unwahrscheinlich, daß der citirte Papinian an die Effectlosigkeit einer nachträglichen Genehmigung von Seiten des Tutors gedacht habe, und paraphrasirt: wollte man dies nicht, so wäre die Folge die, daß dann dem Kinde in derartigen Fällen niemals Besitz erworben würde, wäre er auch noch so vortheilhaft, weil eine nachträgliche Genehmigung von Seite des Tutors ja immer effectlos bleibt. [1])

Die nach Savigny anzunehmende Supposition der auctoritas tutoris scheint mir, da nach Bluhme's Untersuchungen über die Ordnung der Fragmente in den Pandekten das in dem Rescripte enthaltene Allegat in der l. 32 § 2 de poss. nicht zu finden ist, [2]) als Hilfsmittel zur Erklärung der Stelle nur in Betracht kommen zu können, wenn alle Versuche, die Möglichkeit des Besitzerwerbes für ein Kind ohne auctoritas tutoris zu begründen, versagen. Und selbst dann würde das interim noch Schwierigkeiten machen. Bei supponirter auctoritas konnte der Rescribent an einen einstweiligen, bis zur erreichten Pubertät interimistischen Besitz, der alsdann „auf gewöhnliche Art anzufangen" gewesen wäre, unmöglich denken. Denn mit der auctoritas tutoris mußte das Kind sofort und definitiv Besitz erwerben. Aber die Stelle hat auch ohne jene willkürliche Supposition ihren guten Sinn. Die Nothlüge der Denzinger'schen Fiction wäre freilich nur ein kümmerlicher Behelf, und in der

---

[1]) Puchta S. 322 ff.; Denzinger S. 429; Lenz S. 165 f.

[2]) Die l. 32 § 2 de poss. gehört nach ihrer Stellung in dem betreffenden Titel zur Sabinusmasse, und in die letztere waren auch Pauli libri XVI ad Sabinum, aus deren 15. Buch das Fragment nach der Florentina herrührt, aufgenommen. Papinians Responsen, aus denen das Fragment nach Alciat entnommen sein soll, gehören dagegen zur Papinianusmasse; vgl. Bluhme in der Ztschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. 4. VI. S. 445, Tabelle zu S. 266, S. 465. 418 Note 33 und Savigny, Besitz S. 254 Note 2.

Puchta'schen Auffassung ist die Gleichstellung des Tradenten, der nichts weiter thun kann, als bei Erklärung seines Willens dem Fassungsvermögen des Kindes sich accomodiren und insofern auf Verständniß und Willensrichtung des Kindes einwirken, mit dem berufsmäßig handelnden tutor mehr als gewagt.

In der Hauptsache befinde ich mich mit Lenz in Uebereinstimmung. Die Frage, ob ein Kind ohne auctoritas tutoris Besitz erwerben kann, hängt zuerst davon ab, ob in einem Kinde überhaupt soviel Verstand und soviel Wille vorausgesetzt werden kann, als zum Besitzerwerbe erfordert werden muß. Die Frage ist nicht ohne weiteres zu verneinen. Freilich wird der Wille eines Kindes regelmäßig als ein rechtlich wirksamer nicht anerkannt. Die für den Besitzerwerb gemachte Ausnahme liegt aber in der Natur der Sache. Die Frage hängt zweitens davon ab, ob Verstand und Willensvermögen des Kindes der Bewandtniß des Falles entsprechen. Diese Frage ist im Rescripte für den Fall bejaht, daß eine geschenkte Sache dem Kinde in der Art tradirt wird, daß es dieselbe haben und behalten kann. Der Fall hat offenbar so gelegen, daß das Kind den der Bewandtniß des Falles entsprechenden Verstand und Willen gehabt hat, wenn auch der affectus animi kein plenus, kein solcher, wie ihn ältere Personen haben würden, gewesen ist.

In Ansehung des „interim" nehme ich mit Lenz an, daß die Stelle einen vorläufigen, interimistischen Besitzerwerb nicht im Auge hat. Ich kann mir das Verhältniß nicht so vorstellen, daß nach erlangter Willensfähigkeit des Kindes die Frage, ob die Sache zu behalten sei, nochmals an das Kind herantritt und mit ihrer Bejahung das Interimisticum zu einem Definitivum wird. Aber näher als die Lenz'sche Uebertragung des interdum mit bisweilen scheint mir die Auffassung zu liegen, interdum mit „in der Zeit bis zum Eintritt des animi plenus affectus" wieder zu geben, ohne damit ein Interimisticum eintreten zu lassen. Ich verstehe den Satz dahin: denn obgleich manche Schriftsteller anderer Meinung sind, so erscheint es doch gerathener, auch für Personen im Kindesalter, obgleich ihr Willensvermögen noch nicht vollständig ausgebildet ist, einen Besitzerwerb durch Tradition eintreten zu lassen.

In dem Schlußsatz der Stelle: alioquin nec quidem per tutorem possessio infanti poterit acquiri wird die praktische Bedeutung der Frage erwogen. Diese Bedeutung finde ich in erster Reihe darin,

ob, wenn dem Kinde die geschenkte Sache bald nach dem Empfange weggenommen wird oder sonst abhanden und in die Hände eines Dritten kommt, die geeigneten, von dem vorangegangenen Besitzerwerbe abhängigen Rechtsmittel zum Zwecke der Wiedererlangung der Sache gegeben sind. Behält das Kind die Sache, so erscheint es nicht zweifelhaft, daß der Vormund durch nachträgliches Handeln dem Kinde die Sache sichern kann. Wäre also in dem, was das Kind selbst vorgenommen hat, noch kein Besitzerwerb zu finden, so könnte der Vormund nachträglich vermöge seines Berufs zur Vertretung des Kindes und zur Sorge für die Interessen desselben alles thun, was zum Besitzerwerbe Namens des Kindes gehört. Anders, wenn dem Kinde die Sache verloren gegangen oder genommen ist. In diesem Falle würde, wenn man nicht schon in der Thätigkeit des Kindes den Besitzerwerb finden wollte, auch der Vormund nichts mehr thun können, um dem Kinde den Besitz zu verschaffen. Er käme zu spät. Ich übersetze den Satz dahin: sonst kann der Fall eintreten, daß auch der Vormund den Besitz der Sache dem Kinde nicht mehr zu verschaffen vermag.

Es fragt sich noch, ob die Möglichkeit des Besitzerwerbes ohne auctoritas tutoris für Kinder auf den Fall tradirter geschenkter Sachen beschränkt werden muß. Ich bejahe die Frage, aber nicht aus dem formalen Grunde, weil die in dem Rescripte getroffene Entscheidung eine singuläre und darum einer Ausdehnung widerstrebende ist, sondern aus dem inneren Grunde, weil in keinem anderen Falle eine annähernd gleiche Gewähr für das Vorhandensein genügender Einsicht und genügenden Willens des Kindes angezeigt ist, als in dem Falle des Rescripts. Die Gewähr besteht darin, daß schwerlich Jemand einem Kinde eine Sache von einigem Werthe schenken und tradiren wird, ohne sich davon überzeugt zu haben, daß das Kind die Sache behalten werde, soweit das Behalten von der Einsicht und dem Willen des Kindes abhängt. Und Sachen von einigem Werthe sind überhaupt nur in Frage, keine iocularia vel pocularia, wie ältere Juristen [1]) angenommen haben. Wegen

[1]) Bartolus, comment. zu l. 32 § 2 de poss. Vorher schon Azo, der von kleinen Münzen, Kastanien und Spielsachen spricht. Freilich darf man so weit nicht gehen, als Thibaut, Besitz und Verjährung I. § 10, und Rudorff in Savigny's Besitz Anh. Nro. 77, welche die Vorschrift auch auf geschenkte Immobilien bezogen wissen wollen.

des Besitzes an Sachen, bei denen es gleichgültig ist, ob das Kind sie heut oder morgen zerschlägt oder verzehrt oder wegwirft, wird man dem Kaiser Decius schwerlich zugemuthet haben, sich die Mühe des Rescribirens zu machen. — Wird eine Sache, auf die das Kind aus einem lästigen Vertrage ein Recht hat, nicht dem Tutor, sondern dem Kinde tradirt, so wird eher ein Anhalt für die Annahme vorhanden sein, daß der Tradent die mangelnde Einsicht des Kindes mißbrauchen will. Jedenfalls fehlt es in diesem Falle an einem äußeren Anhalte für die Annahme des Vorhandenseins des zum Besitzerwerbe erforderlichen Willens und der erforderlichen Einsicht. Ein solcher äußerer Anhalt ist auch in Ansehung des Besitzerwerbes durch Occupation nicht vorhanden.

§. 42. b. Die neueren Codificationen.

Das allg. preußische Landrecht enthält an der Spitze der Vorschriften über den Erwerb des Besitzes in den §§ 43. 44. I. 7. folgende Sätze: „Niemand kann ohne oder wider seinen Willen wirklicher Besitzer einer Sache werden, wenngleich dieselbe in seinem Gewahrsam sich befindet. So weit also Jemand seinen Willen zu erklären unfähig ist, so weit kann er durch sich selbst keinen Besitz erlangen.“ Darnach ist die Annahme schwer abzuweisen, daß man intendirt habe, nicht die natürliche Willensfähigkeit, sondern die Fähigkeit zu Rechtsgeschäften, wie sie in den §§ 20 ff. A. L. R. I. 4. normirt ist, zum Erforderniß des Besitzerwerbes zu machen. Doch ist die Frage bestritten. Koch will die Fähigkeit zum Besitzerwerbe von der physischen Willensfähigkeit abhängig gemacht wissen, weil die Besitzhandlungen keine Rechtsgeschäfte seien. Die Materialien ergeben Folgendes:

Der sogen. gedruckte Entwurf hatte an Stelle der §§ 43. 44. I. 7. nur den nachstehenden Satz: „Niemand kann ohne oder wider seinen Willen wirklicher Besitzer einer Sache werden.“ Dagegen wurden einige Monita erhoben und beantwortet. Suarez redigirte darauf den § 44 in seiner jetzigen Fassung mit folgender Motivirung: „Der § 44 der Umarbeitung ist eine bloße Folge ex § 23 des Textes (§ 43 des umgearbeiteten Entwurfs und des Landrechts). Ich habe inzwischen solchen hingesetzt, weil einige Monenten fragen, wie weit ein Kind, ein furiosus und mente captus Besitz erlangen

könne oder nicht." [1]) Der Inhalt der Monita ist ebensowenig wie der ihrer Beantwortung geeignet, das Verständniß der Bestimmung zu fördern. Aus der Suarez'schen Motivirung aber möchte hervorgehen, daß Suarez unter der Fähigkeit zu Willenserklärungen zwar nichts anderes verstand, als die Willensfähigkeit überhaupt, daß ihm aber diese Willensfähigkeit überall nichts anderes war, als die in den §§ 20 ff. I. 4. normirte persönliche Fähigkeit zu Willenserklärungen.

Darnach würde die Fähigkeit zum Besitzerwerbe unter folgenden Normen stehen: Kinder, welche das siebente Jahr noch nicht zurückgelegt haben, sind ausnahmslos unfähig, Besitz zu erwerben, da alle ihre Willensäußerungen vom Gesetz als nichtig bezeichnet werden. Dasselbe gilt von Rasenden und Wahnsinnigen, wenn ihnen Vormünder bestellt sind. In diesem Falle ändert auch der Eintritt lichter Zwischenräume nichts, während, wenn die mit Anfällen von Raserei und Wahnsinn Behafteten keinen Vormund haben, ihren Willenserklärungen die Vermuthung zur Seite steht, daß dieselben von ihnen bei völliger Verstandeskraft abgegeben sind. Willenserklärungen Unmündiger sind nur insofern gültig, als die letzteren sich dadurch einen Vortheil erwerben.

Zu dem letzten Satze bemerkt Bornemann, daß selbst mit dem redlichen Besitz Nachtheile, wie die Verpflichtung zur Tragung der von der Sache zu entrichtenden Abgaben und die Haftung für die durch grobes Versehen entstandenen Verschlimmerungen verbunden seien, der unredliche und unrechtfertige Besitz aber sehr wesentliche Nachtheile für den Besitzer zur Folge habe. Daraus schließt er, daß Unmündige in der Regel nur ex causa lucrativa und abgesehen von einer solchen causa nur dann Besitz erwerben können, wenn ein auf Uebernahme des Besitzes gerichtetes Geschäft bereits vorliege, und dadurch der animus sibi habendi begründet sei. [2]) Koch aber führt aus, daß der Besitz als solcher dem juristisch Handlungsunfähigen niemals Nachtheil bringen könne, weil er für denselben keine anderen Verpflichtungen zur Folge habe, als diejenigen, welche schon die Ge-

[1]) Simon u. v. Strampff Materialien S. 230 f. 233.

[2]) System. Darstellung des pr. Civilr. Bd. 1. S. 245. Auch Förster, Theorie und Praxis des pr. Privatr. Bd. 3. S. 24, meint, daß Unmündige, da sie für so weit willensfähig erachtet werden, um Vortheile zu erwerben, unter dieser Voraussetzung Besitz erwerben können.

wahrsam mit sich bringe.[1]) Auch ich halte die fragliche Bestimmung auf den Besitzerwerb für unanwendbar. Der Unmündige, der eine Sache stiehlt oder eine gefundene Sache unter betrüglicher Verschweigung des Fundes zurückbehält, macht sich ohne Zweifel dem Bestohlenen oder dem Verlierer zur vollen Entschädigung verpflichtet. Wie soll daneben die Vorschrift, daß er seinen Willen gültig erklären kann, wenn er einen Vortheil erwirbt, Verwendung finden? Es bleibt nur übrig, den Besitzerwerb von der Reife seines Willens abhängig zu machen.

Das österreichische Gesetzbuch spricht, ebenso wie das sächsische, den Kindern, welche das siebente Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben, und den des Gebrauchs ihrer Vernunft Beraubten die Fähigkeit zum Besitzerwerbe ab.[2]) Alle anderen Personen sind, so weit der Wille in Frage kommt, des Besitzerwerbes nach beiden Rechten fähig. Das französische Gesetzbuch enthält keine, das Erforderniß der Willensfähigkeit zum Erwerbe des Besitzes näher bestimmende Vorschrift.

§ 43. Möglichkeit des Besitzwillens, bedingt durch die Beschaffenheit des Gegenstandes.

a. Römisches Recht.

Das Besitzobjekt muß dergestalt bestimmt sein, daß die Person sich desselben und ihrer Macht über dasselbe bewußt werden kann. Nach diesem Satze ist die Frage zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen eine Sache in der Art getheilt sein kann, daß die verschiedenen Theile verschiedene Besitzer haben.

Auf die Möglichkeit des Besitzes an ideellen Theilen einer Sache beziehen sich folgende Stellen: l. 26 de poss. Pomponius: Locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest et certa pars pro indiviso, quae introducitur vel ex emptione vel ex donatione vel qualibet alia ex causa. incerta autem pars nec tradi nec capi potest, veluti si ita tibi tradam: quidquid mei iuris in eo fundo est: nam qui ignorat, nec tradere nec accipere id, quod incertum, est potest — und l. 32 § 2 de usurp. Pomponius: Incertam partem possidere nemo potest: ideo si plures

[1]) Lehre vom Besitz S. 164 ff.

[2]) Allg. bürgerl. Gesetzb. f. Oesterreich §§ 310. 21; bürgerl. Gesetzb. f. Sachsen §§ 193. 47.

sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo ait.

Die erstere Stelle spricht den Satz, daß, wenn eine Sache durch irgend ein Rechtsgeschäft nach bestimmten Quoten unter wahren Personen getheilt sei, ein jeder Theil ein für sich bestehendes Besitzobject bilde, also für sich usucapirt werden könne, daß aber der unbestimmte Theil einer Sache kein geeignetes Objekt der Tradition und der Usucapion sei, völlig klar aus, so daß ein Streit in dieser Hinsicht unmöglich ist. Der Sinn der zweiten Stelle wird durch das mera subtilitate zweifelhaft. Der älteste bekannte Ausleger der Stelle, Martinus Gosia, findet in derselben eine Mißbilligung der Annahme, daß keiner der, qui in fundo sunt, besitze, indem er zu mera subtilitate bemerkt: sed ex aequitate aliud dicendum. Accursius ist anderer Meinung.[1] Auch gegenwärtig ist der Streit noch nicht ausgetragen. Die einen Ausleger meinen mit Martinus, daß mera subtilitate auf das Labeo ait zu beziehen und eine Mißbilligung der Meinung des Labeo durch Pomponius mit jenen Worten ausgedrückt sei, während von der anderen Seite das mera subtilitate auf possidere bezogen und die Meinung des Labeo als in das corpus iuris aufgenommen angesehen wird.

Vertreter der ersteren Meinung sind Savigny, Puchta und Windscheid. Savigny[2] führt aus, streng genommen könne zwar blos durch eine juristische Handlung ein ideeller Theil entstehen; indeß beruhe die daraus für den Fall der zweiten Stelle gezogene Folgerung auf bloßer Subtilität und es sei offenbar natürlicher, gleiche Besitzquoten auf Seite der mehren Personen anzunehmen, auch wenn keine ausdrückliche Verabredung nachgewiesen werden könne. Noch einfacher und natürlicher aber sei es, den Fall vorauszusetzen, daß die plures als Erben, ohne zu wissen, zu welchem Theile ein Jeder eingesetzt sei, den Besitz ergriffen haben. Der Subtilität nach würde also keiner von ihnen Besitzer sein; in der That aber müßten sie zusammen so viel Recht genießen, als ein Einzelner durch Apprehension des Ganzen haben würde. Savigny gibt ihnen also gemeinschaftlich die Interdicte. Darüber, ob sie zusammen auch das Ganze usucapiren können, spricht er sich nicht aus. Nach Puchta[3])

[1]) Gl. zu mera subtilitate.

[2]) Besitz S. 262 Note 4.

[3]) Vorlesungen Bd. 1. Beilage XII.

folgt aus dem in der ersteren Stelle ausgesprochenen Princip, nach welchem der ideelle Theil der Sache durch ein juristisches Ereigniß schon entstanden sein müsse, wenn Besitz daran erworben werden solle, nur, daß in dem Falle der zweiten Stelle keiner zu einem quoten Theile Besitzer sei. Dies wird wirksam, wenn es sich um das abgesonderte Interesse des einen von ihnen handelt, wenn sie z. B. gegen einander auftreten. Dagegen sind, wenn sie gegen einen Dritten auftreten, in ihnen allen die Elemente des Besitzes zu finden. Auch ihrer Usucapion steht nach Puchta ihre Nichtkenntniß nicht entgegen. Windscheid[1]) hat den Puchta'schen Gedanken weiter ausgeführt. Seine Argumentation geht dahin, der Inhalt des Besitzwillens der plures sei der, daß sie die Sache für sich zusammen haben wollen. Nicht nothwendig sei, daß jeder einen bestimmten Werththeil (d. i. eine bestimmte Quote) haben wolle. Daß in dem Falle, wo einer nicht mit einem anderen zusammen den Besitz der Sache, sondern für sich den Besitz eines Werththeils haben wolle, die Richtung des Willens auf einen bestimmten Werththeil erforderlich sei, erkläre sich daraus, daß es ohne diese Richtung dem Besitzwillen an der gehörigen Bestimmtheit fehlen würde, während der vereinte Wille, der die ganze Sache umfasse, an einem solchen Mangel nicht leide.

Die andere Meinung wird von Böcking, Rudorff und Lenz vertreten. Böcking[2]) versteht das mera subtilitate neminem possidere dahin, Labeo habe aussprechen wollen, daß Niemand in abstracter Vorstellung ohne Bewußtsein von dem Gegenstande, der Begrenztheit des Objects besitzen könne; wer so zu besitzen meine, habe keine Antwort auf die Frage, was er besitze. Rudorff[3]) gibt mera subtilitate mit „im Rechtssinne, juristisch" wieder. Auch Lenz[4]) gewinnt aus der Stelle den Satz, daß, wenn mehre Personen unter Umständen, welche sonst die Bedingungen des Besitzerwerbes enthalten, eine Sache gemeinschaftlich in Besitz nehmen, ohne sich über die Quoten verständigt zu haben, sie, und zwar von Rechtswegen (mera subtilitate) weder alle zusammen, noch auch einer von ihnen, besitzen.

Die Schwierigkeit der Stelle liegt ausschließlich darin, daß sie Zweifel entstehen läßt, ob Pomponius die Meinung des Labeo

[1]) Pandekten Bd. 1. § 152 Note 12.
[2]) Pandekten Bd. 1 § 124 Note 11*.
[3]) zu Puchta's Vorlesungen a. a. O. Note 1.
[4]) Recht des Besitzes S. 118.

gebilligt oder mißbilligt habe. Man geht diesen Zweifeln freilich damit aus dem Wege, wenn man die Worte mera subtilitate auf possidere bezieht. Aber die von diesem Gesichtspunkte aus aufgestellten Erklärungsversuche befriedigen nicht. Ueber das gegen die Erklärung Böcking's vorliegende sprachliche Bedenken, welches darin besteht, daß der Jurist von einem „nicht besitzen", nicht von einem „nicht besitzen können" spricht, möchte hinwegzugehen sein, da der Grund für das „nicht besitzen" nur in einem „nicht besitzen können" zu finden wäre. Aber ein Argumentiren mit der Abstraction eines Besitzes ohne bestimmtes Object kann ich in den gebrauchten Worten um so weniger finden, als dergleichen Factoren der Beweisführung dem Gedankenkreise der römischen Juristen fern zu liegen pflegen. Für recht gezwungen halte ich die Wiedergabe der Worte mit „im Rechtssinne" oder „von Rechtswegen". Ihre Beziehung auf Labeo ait ist die nächstliegende. Aber sie sind nicht nothwendig im Sinne einer Mißbilligung Labeo's zu verstehen. Ein Zurückweisen der von Labeo gezogenen Consequenz ist in der Stelle wohl nur zu finden, wenn man an den Satz Labeo's von vornherein mit Bedenken herangeht. Im besten Falle könnte man auf Seite des Pomponius eine etwas zweideutige Anerkennung des Scharfsinns Labeo's annehmen, in keinem Falle aber einen Tadel, der es rechtfertigt, das Gegentheil dessen, was Labeo sagt, als einen quellenmäßigen Satz aufzustellen. Und was ist das Gegentheil? Nach Savigny die Annahme gleicher Besitzquoten auf Seite der plures oder die Annahme, daß sie zusammen soviel Recht haben, als ein Einzelner durch Apprehension des Ganzen haben würde, und in Consequenz dieser Annahme ihre gemeinschaftliche Zulassung zu den Interdicten; nach Puchta Gemeinschaftlichkeit der Interdicte und der Usucapion, während Windscheid den Satz aufstellt, daß der Inhalt ihres Besitzwillens der sei, die Sache zusammen zu haben, und daß in solchem Falle die Richtung des Willens des Einzelnen auf einen bestimmten Werththeil, eine bestimmte Quote, nicht erfordert werde.

Daß in der zweiten Stelle, ebenso wie in der ersten, an die Usucapionswirkung des Besitzes gedacht worden ist, folgt aus dem Zusammenhange der ganzen lex. Was sagt nun Labeo? nichts anderes, als daß keiner der Mehren, welche zusammen auf dem Grundstück sich befinden, besitze, also auch keiner usucapire, weil die Besitzquoten nicht bestimmt seien. Diesen Satz halte ich für

durchaus unabweisbar. Jeder der Mehren kann doch nur den Beruf haben, für sich zu usucapiren, nicht gleichzeitig auch für die Anderen. Was er für sich usucapirt, muß er auch besitzen. Besitzen aber kann er nur, was sich definiren läßt und was er sich, als ihm unterworfen, zum Bewußtsein bringen kann. Diese Sätze sind so im Wesen der römischen Lehre vom Besitze und der Usucapion gegründet, daß sie nicht zum Weichen gebracht werden können,[1]) weder von einem vermeintlichen anderen Rechtssatze, wie ihn Puchta und Windscheid formuliren, noch von der Savigny'schen Argumentation mit dem Einfachen und Natürlichen. Es liegt nicht, wie Windscheid meint, ein innerer Unterschied vor zwischen dem Falle, in dem der Eine für sich einen unbestimmten Theil der Sache und dem Falle, in dem er mit Anderen das Ganze zu für jeden unbestimmten Theilen besitzen will. Wer für sich den Besitz eines Theils haben will, der will immer mit einem Anderen das Ganze haben. Sein Besitz kann aber niemals davon abhängig gemacht werden, ob er mit einem bestimmten Anderen und der letztere mit ihm das Ganze haben will. Der Besitzwille dessen, der nicht die ganze Sache, sondern nur einen Theil für sich haben will, kommt immer nur als dessen eigener Besitzwille, als welcher er auf jenen Theil gerichtet ist, in Betracht. Darüber hinaus kann der Einzelne keinen Besitzwillen haben. Die Annahme des Gegentheils beseitigt das von den römischen Juristen eifrig gehütete Requisit der Ausschließlichkeit des Besitzes und führt nothwendig zur Annahme einer wahren possessio plurium in solidum. Die Möglichkeit einer solchen ist auch klar ausgesprochen in dem Satze Windscheid's, daß der vereinte Besitzwille mehrer eine Sache als ungetheiltes Ganze umfassen könne.

Diejenigen Schriftsteller, welche die Ansicht des Labeo als zurückgewiesen bezeichnen, schrecken hauptsächlich davor zurück, daß in Consequenz jener Ansicht den Mehren, qui in fundo sunt, die possessorischen Interdicte gegen Dritte versagt werden müßten. Bei Savigny tritt diese Rücksicht klar in den Vordergrund. Seine Argumentation ist, wie seine ganze Methode, die sich am Stoff nie-

[1]) Hierher gehört auch der Inhalt der l. 4 pro empt.: Der Erwerber einer Sache, der da weiß, daß ein Theil der Sache fremdes Eigenthum ist, ohne diesen Theil zu kennen, kann nichts von der Sache usucapiren. Kennt er den fremden Theil, so ist nur die Usucapion dieses Theils ausgeschlossen. Vgl. Unterholzner Verjährungslehre Bd. 1. § 118.

mals in der Art bethätigt, daß die leitenden Grundsätze in ihrer praktischen Anwendung bis zu dem summum ius summa iniuria verfolgt werden, den römischen Juristen abgelauscht, wenn dieselben in die Lage kommen, sich mit der Rechtsconsequenz wohl oder übel abfinden zu müssen. Gewiß würde, wenn es sich in der Stelle nicht um die Usucapion, sondern um die Frage des Interdictenschutzes gehandelt hätte, das beliebte possidere videntur, intelliguntur am Platze gewesen und vielleicht ausgesprochen worden sein. Wie liegt aber die Sache gegenwärtig für uns? Können wir der Consequenz, daß die plures, weil sie nicht besitzen, gegen Störung und Dejection schutzlos sind, aus dem Wege gehen?

Randa[1]) spricht aus, daß die Mehren gemeinschaftlich gegen Dritte die Besitzklagen gebrauchen können, sofern sie sich nur vorübergehend über ihre Besitzantheile einigen. Ist damit, wie nach den Worten anzunehmen ist, eine nach erfolgter Störung oder Dejection stattfindende Einigung gemeint, so ist die Ansicht unrichtig. Haben die Mehren vorher nicht besessen, so sind sie auch nicht im Besitze gestört noch als Besitzer dejicirt worden. Ist aber eine wenn auch nur vorläufige Einigung vorher erfolgt, so ist die Sache klar. Die plures besitzen dann vorläufig die betreffenden Quoten. Die Interdicte stehen einem jeden von ihnen bis auf weiteres zu. Es ist nicht einmal ein gemeinschaftlicher Gebrauch derselben erforderlich. Die plures haben sogar unter sich bis auf weiteres auf Besitzschutz Anspruch.

Die Möglichkeit des Interdictenschutzes für die plures, qui in fundo sunt, läßt sich vor der fraglichen Consequenz nicht wohl anders retten, als mit der Voraussetzung, daß in den Fällen, wo kein Anhalt für eine abweichende Annahme vorhanden ist, die Mehren zu gleichen Theilen besitzen. Gehen wir von dem Falle der Stelle aus, der, wie mit Savigny anzunehmen ist, gewiß so liegt, daß die Mehren die einzigen Erben sind, daß sie aber nicht wissen, zu welchen Quoten sie eingesetzt worden, so liegt die Voraussetzung ihrer Einigung über einen vorläufigen modus vivendi dahin, daß, soweit Ungewißheit über den Willen des Erblassers besteht, gleiche Theile angenommen werden, nahe genug, um eine Grundlage für den Interdictenschutz zu gewinnen, und die Mehren im Besitzprocesse

[1]) Der Besitz nach österr. Rechte S. 168.

gegen Dritte, wenn ihnen der Besitz aus dem Grunde, daß sie nicht wissen, zu welchem Theile sie besitzen oder besessen haben, bestritten wird, nicht unterliegen zu lassen. Fehlt es an der Voraussetzung einer solchen Einigung, so wie wenn die Mehren, statt einen vorläufigen modus vivendi herzustellen, im offenen Hader mit einander liegen, also eine, wenn auch nur vorläufige Willensbefestigung in der Sache nicht vorhanden ist, so bleibt nur übrig, ihnen den Interdictenschutz auch gegen Dritte zu versagen.

Von dem Besitze an dem realen Theile einer Sache ist in dem ersten Satze der oben aufgenommenen l. 26 de poss: Locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest — die Rede. Der von dem fundus abgeschiedene Theil, der seinen besonderen Besitzer erhält, wird damit zu einer besonderen Sache. Für das Besitzverhältniß hört er auf, Theil des fundus zu sein, zu dem er bis dahin gehört hat, wenngleich er in anderen Beziehungen fortgesetzt als Theil des fundus behandelt wird.

Die Möglichkeit des Besitzes an realen Theilen einer Sache in der Art, daß die Sache bis zu einer bestimmten Grenzlinie im Besitze des Einen und von da ab im Besitze eines Anderen sich befindet, ist nur beim Grund und Boden vorhanden. Andere Sachen müssen, damit ihre Theile solchergestalt im Besitze verschiedener Personen sein können, räumlich von einander getrennt werden, so daß aus der einen Sache mehre entstehen. So läßt sich nach römischem Recht ein Gebäude weder nach Stockwerken noch als eine auf der area gedachte senkrechte Fläche getheilt besitzen. Werden aber die Räume des Hauses durch eine auf dem Baugrunde errichtete Wand geschieden, so entstehen zwei Häuser, die, wenn sie auch von außen betrachtet als ein Haus erscheinen, doch zwei Besitzobjecte, zwei verschiedene Sachen, bilden. Noch weniger lassen sich Mobilien nach bestimmten Grenzlinien von mehren Personen besitzen.

Damit ist nicht ausgeschlossen, daß, wenn mehre Mobilien in der Art mit einander verbunden sind, daß sie äußerlich als *eine* Sache erscheinen, sie Objecte des Besitzes verschiedener Personen sein können.[1]) So bleibt das Rad, welches der Besitzer eines Wagens

---

[1]) Vgl. *Unger*, System des österr. Privatr. Bd. 1 S. 414 u. Note 19 und die dort angegebene Literatur, ferner *Randa*, Besitz nach österreichischem Recht S. 158: der Mitbesitz pro diviso ist nur ein scheinbarer.

sich geliehen und mit dem Wagen verbunden hat, im Besitze des Commodanten, und dieser Besitz wird durch den Besitzer des Wagens im Namen des Commodanten fortgesetzt. In solchem Falle sind in Wahrheit mehre Sachen, mehre Besitzobjecte, vorhanden, und die Einheitlichkeit ist nur eine scheinbare. Positiv ausgeschlossen ist solcher Sonderbesitz nach römischem Recht rücksichtlich der Gebäude und der im Boden wurzelnden Pflanzen. Der Eine kann nicht das Haus, der Andere den Boden, auf dem dasselbe steht, der Eine nicht den Baum, der Andere den Boden, in dem der Baum wurzelt, besitzen. Unmöglich ist er aus Gründen, die in der Natur der Sache liegen, bei einer Verbindung mehrer Sachen durch adiunctio, confusio, commixtio, wenn der frühere Zustand nicht mehr hergestellt werden kann.

§. 44. b. Die neueren Codificationen.

Das allgem. preußische Landrecht stellt, damit Besitznehmung stattfinde, an den Gegenstand derselben die Anforderung, daß derselbe genau bestimmt sei, und daß, wenn die Sache mit anderen vermischt sei, sie abgesondert oder kenntlich ausgezeichnet werde. [1])

Darnach trage ich kein Bedenken, die Entscheidung des Labeo in der l. 32 § 2 de usurp. auch für das preußische Recht als zutreffend anzusehen. Auch den Satz des römischen Rechts, nach welchem ein Sonderbesitz an dem realen Theile einer Sache in der Art, daß die Sache bis zu einer willkürlich gezogenen Grenzlinie im Besitze des Einen und von da ab im Besitze eines Anderen sich befinde, nur beim Grund und Boden möglich ist, spreche ich für das preußische Recht an.

Dagegen möchte ich in Ansehung eines Sonderbesitzes an der Sache, die mit einer andern vereinigt ist, mit Rücksicht darauf, daß nicht die Absonderung erfordert wird, sondern schon die kenntliche Auszeichnung genügen soll, um die Sache zu einem geeigneten Besitzobject zu machen, eine Abweichung des preußischen Rechts von dem römischen dahin annehmen, daß nach dem ersteren die mit einer anderen vereinigte Sache nicht räumlich von derselben getrennt zu werden braucht, um zu einem geeigneten Objecte des Besitzes zu werden, daß vielmehr die Vereinigung fortdauern kann, daß es also

---

[1]) I. 7. §§ 46. 47.

zum Besitzerwerbe an der einzelnen Sache nur eines Rechtsgeschäfts zwischen dem bisherigen Besitzer des Ganzen und dem, der den Besitz der einzelnen mit der anderen vereinigten Sache haben soll, bedarf, damit der letztere Besitzer werde, überall vorausgesetzt, daß die einzelne Sache von der Art ist, daß sie als kenntliches Besitzobject ausgezeichnet werden kann. Die Consequenzen dieser Auffassung sind gerade für die Sachen wichtig, in Ansehung deren nach römischem Rechte ein Sonderbesitz durchaus ausgeschlossen ist, für Gebäude ohne den Grund und Boden und für Pflanzen, die im Boden wurzeln.

Freilich werden die Sätze von der Unmöglichkeit eines Besitzes an Gebäuden und an den Pflanzen ohne den Grund und Boden von manchen Schriftstellern als in der Natur der Sache gegründet und Abweichungen von denselben als abwegig bezeichnet [1]), indeß, wie ich glaube, ohne genügende Gründe. Das deutsche Recht hat die Gebäude immer zur fahrenden Habe gerechnet, und die Auffassung, nach welcher die Gebäude ohne den Grund und Boden besondere Rechtsobjecte, Gegenstände des Eigenthums, der Verpfändung, des Besitzes sein können, hat sich bis auf die heutige Zeit zwar nicht allgemein, aber doch hier und da auch in Ländern des gemeinen Rechts erhalten. Wenn man dieser Auffassung die römischrechtliche gegenüberstellt und die bis heut vergebliche Mühe erwägt, die darauf verwendet worden ist, eine befriedigende Construction der römischen Superficies herzustellen [2]), so weiß ich nicht, ob der Vorzug des in der Sache Gegründeten nicht vielmehr der deutschrechtlichen Auffassung zu geben ist. Auch an den im Boden wurzelnden Pflanzen ist nach deutschem Recht die Möglichkeit eines Sonderbesitzes nicht ausgeschlossen [3]). Insbesondere gelten Waldbäume, sobald sie zum Gefälltwerden bestimmt sind, für sich als Objecte des Rechtsverkehrs und des Besitzes.

Das preußische Recht bezeichnet Gebäude und Pflanzen, die im Boden wurzeln, als Pertinenzstücke des Grundes und Bodens und

---

[1]) So von Lenz, Studien und Kritiken S. 198 ff.

[2]) Ich beziehe mich namentlich auf die Versuche, den Besitz des Superficiars als eine quasi corporis possessio zu construiren. Hier wird das Unzulängliche der römischen Auffassung in der Form eines dogmatischen Satzes gradezu eingestanden.

[3]) Vgl. Beseler, System 2. Aufl. S. 327 Note 3.

erkennt die Möglichkeit eines besonderen Eigenthums an Gebäuden, Bäumen und Holzungen ausdrücklich an. [1]) In Ansehung der Waldbäume hat die Praxis angenommen, daß das Pertinenzverhältniß gelöst wird, wenn verkaufte Waldbäume mit dem Forsthammer angeschlagen und solchergestalt von den übrigen kenntlich ausgezeichnet werden. [2]) Ein Besitz an den verschiedenen Stockwerken eines Hauses hat im preußischen Recht keine Anerkennung gefunden. Das französische Gesetzbuch nimmt die Möglichkeit eines besonderen Eigenthums auch an den einzelnen Stockwerken eines Hauses an. [3]) Es enthält Detailvorschriften, welche im Interesse der Erhaltung des ganzen Hauses die mit dem Eigenthum an den einzelnen Stockwerken verbundenen Pflichten genau regeln. [4]) Bei solchem Sondereigenthum an den einzelnen Stockwerken ist das Haus als Ganzes nicht mehr für die Eigenthümer, sondern nur noch für den Staat vorhanden, der im Interesse der Erhaltung des Hauses, also aus polizeilichen Gründen vorschreibt, wie jeder zum Theil Berechtigte dem Ganzen gegenüber sich zu verhalten hat.

Das österreichische Gesetzbuch enthält, ebenso wie das sächsische, die römischrechtlichen Grundsätze. Indeß haben dieselben in Oesterreich Mühe gehabt, der abweichenden deutschrechtlichen Anschauung gegenüber in Theorie und Praxis sich Geltung zu verschaffen. [5])

§ 45. Der Besitz einer Gesammtheit von Sachen.

Die Frage, ob eine Sachgesammtheit ein Gegenstand des Usucapionsbesitzes sein könne, wird in der l. 30 § 2 de usurp. von Pomponius an dem Beispiel einer Heerde erläutert und entschieden. Der Jurist spricht zuerst aus, daß eine Heerde in Ansehung der Möglichkeit der Usucapion weder mit einer einfachen Sache noch mit einer zusammengesetzten auf gleicher Stufe stehe (non autem

---

[1]) A. L. R. I. 2. §§ 44. 45. I. 20. § 473. I. 22. §§ 199. 200. 243. 244.

[2]) U. des Ob. Trib. vom 9. Mai 1845 (Präjud. Nro. 1570, Entsch. Bd. 11 S. 201 f.) und vom 12. Nov. 1852 (J. M. Bl. 1854 S. 104 f.)

[3]) Die Idee solcher Theilbarkeit ist ebenfalls deutschrechtlichen Ursprungs; vgl. Heimbach im Rechtslexicon Bd. 9. S. 498. Note 201.

[4]) C. c. art. 664.

[5]) Vgl. Unger, System Bd. 1. S. 415 Note 23. S. 423 Note 16; Randa, Besitz nach österr. Recht S. 164 Note 12.

grex universus sic capitur usu quomodo singulae res, nec sic quomodo cohaerentes). Daran knüpft er den Satz, daß immer nur einzelne Stücke der Heerde besessen und usucapirt werden können (et si ea natura eius est, ut adiectionibus corporum maneat, non item tamen universi gregis ulla est usucapio, sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio). Der Erwerb einer Heerde gibt also keine causa possessionis in Beziehung auf die Sachgesammtheit, sondern verschafft eine solche nur für die einzelnen Stücke. Der Schlußsatz der Stelle besagt, daß die Vereinigung eines nachmals erworbenen Viehstücks mit einer Heerde, die sich im Eigenthum des Erwerbers befinde, die Natur dieses Viehstücks als besonderer Sache nicht aufhebe, daß dasselbe also seine conditio usucapionis behalte (nec si quid emtum immixtum fuerit gregi augendi eius gratia, idcirco possessionis causa mutabitur, ut, si reliquus grex dominii mei sit, haec quoque ovis, sed singulae suam causam habebunt, ita ut, si quae furtivae erunt, sint quidem ex grege, non tamen usucapiantur).

Diese Erwägungen möchten für die Frage, ob eine Heerde Gegenstand der rei vindicatio sein könne, ebenso zutreffend sein, wie für die Frage des Interdictenschutzes. Und doch wird in den l. 1 § 3 l. 2. 3 de rei vind. und der l. 21 § 1 de exc. rei iud. die Heerde als ein mögliches Object der rei vindicatio hingestellt. In der l. 1 § 3 de rei vind. spricht Ulpian sogar von einem Eigenthum der Heerde im Gegensatz zum Eigenthum an den einzelnen Stücken (gregem sufficiet ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint). Auch heißt es im § 18 de leg: Grege legato etiam eas oves, quae post testamentum factum gregi adiiciuntur, legato cedere Julianus ait; esse enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut aedium unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus.

Darnach wird man in der l. 30 § 2 de usurp. nur eine Entscheidung der Frage des Usucapionsbesitzes an der Heerde im Gegensatz zu dem Usucapionsbesitz an den einzelnen Viehstücken finden können, im übrigen aber die Frage der Besitzbarkeit einer Heerde als noch discutirbar anzusehen haben.

Auf den Stellen, welche die Vindication einer Heerde betreffen, und dem § 18 de leg. beruht die Lehre, daß, wie es juristische Personen, fingirte Rechtssubjecte, gebe, so auch juristische Sachen,

künstliche Rechtsobjecte, anerkannt seien. Manche auch neuere Schriftsteller sehen sogar die Heerde und die ihr ähnlichen Sachgesammtheiten als wirkliche körperliche Sachen an, so daß es nach ihnen einer Fiction, um diese Sachgesammtheiten als Rechtsobjecte gelten zu lassen, nicht einmal bedarf.[1])

Die fraglichen Theorien sind in neuerer Zeit, namentlich von Wächter und Exner, mit guten Gründen angegriffen worden. Die Auffassung dieser Schriftsteller geht dahin, daß in den Quellen die Sachgesammtheiten nur die Bedeutung von Complexen einzelner Sachen mit einer gewissen thatsächlich gegebenen Zusammengehörigkeit haben, und daß über derartige Complexe Collectivdispositionen getroffen werden können, daß aber diese Verfügungen ihrem Wesen nach nur ein abgekürzter Ausdruck für die Summe der gleichartigen Dispositionen seien, welche über jede einzelne Sache ergehen sollen. In Ansehung der rei vindicatio stimmen Wächter und Exner darin überein, daß eine Heerde immer nur von dem vindicirt werden könne, der das Eigenthum an der größeren Anzahl der dazu gehörigen Stücke erworben habe. Sie weichen aber darin von einander ab, daß, während Wächter in der vindicatio gregis nur die Form sieht, in welcher die Summe der einzelnen, auf jedes Viehstück gerichteten Klagen an den Richter gebracht werde, Exner der Heerdenvindication eine weiter gehende praktische Bedeutung beilegt. Er nimmt an, daß der Vindicant der Heerde das Eigenthum an der größeren Anzahl der Viehstücke zu beweisen gehabt habe, und daß es Sache des Beklagten, wenn derselbe einzelne Stücke als nicht dem Kläger gehörig habe zurückbehalten wollen, gewesen sei, die aliena capita als solche nachzuweisen, daß also, wenn der Kläger jenen Beweis geführt und der Beklagte diesen Beweis nicht erbracht habe, das Eigenthum an der ganzen Heerde, kein Viehstück ausgenommen, dem Kläger zugesprochen worden sei.[2]) Mir scheint dieser Ansicht, wenn sie auch nicht direct durch die Quellen bestätigt wird, aus Gründen, die in der Natur

[1]) Am weitesten gehen in der Auffassung der Sachgesammtheiten als wirklicher Rechtsobjecte von den Neueren Warnkönig A. f. civ. Pr. Bd. 11. IX, Girtanner Jahrb. f. Dogm. Bd. 3. II, Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 27 ff.

[2]) Wächter Erörterungen, 1. Heft S. 15 ff; Exner Rechtserwerb durch Tradition S. 215 ff. Auch für Unger, Jahrb. für Dogm. B. 12 S. 275, bietet „das Majoritätsprincip“ den Ausweg.

der Sache liegen, der Vorzug vor der anderen gegeben werden zu müssen.[1])

Hieraus dürfte für die Frage der Besitzbarkeit einer Heerde Folgendes hervorgehen: Aus der Zulassung einer Heerdenvindication möchte auch die Zulassung des Interdicts, das zur Vorbereitung der Vindication dient, also nach älterem Recht des i. utrubi, nach neuerem des i. uti possidetis folgen. Als Voraussetzung, welche für die Zulassung des gedachten Interdicts gegolten, würde der Besitz der größeren Anzahl der einzelnen Viehstücke anzusehen sein unbeschadet des Rechts des Beklagten, durch den Nachweis, daß betreffs einzelner Viehstücke die Voraussetzungen des Interdicts nicht vorlägen, die Ausnahme dieser Viehstücke von dem im übrigen dem Kläger zu ertheilenden Besitzschutze herbeizuführen. Jede weiter gehende Anwendnng des Besitzbegriffs auf die Heerde scheint mir, ebenso wie die Ausdehnung der vindicatio gregis und des Interdicts auf andere „Sachgesammtheiten" abgelehnt werden zu müssen.[2])

Der römischrechtliche Standpunkt ging schon bei den Glossatoren verloren[3]) und blieb es bis auf die neuere Zeit. Mühlenbruch war der erste, der gegen die hergebrachte Lehre von den Sachgesammtheiten entschieden auftrat[4]) und auch Erfolg hatte.

Von den neueren Codificationen ist es die preußische, in welche die alte Theorie ausdrücklich Aufnahme gefunden hat. Im § 53 A. L. R I. 7. ist bestimmt, daß, wer in der Absicht, einen Inbegriff von Sachen in Besitz zu nehmen, einzelne Stücke in seine Gewalt nimmt, dadurch den Besitz des Ganzen erworben hat.

---

[1]) Ich beziehe mich auf die Ausführungen Exner's a. a. O. S. 233 f. Die neuere Literatur über die Frage der Bedeutung der Sachgesammtheiten im Rechtsleben ist bei den Note 1 und 2 citirten Schriftstellern angegeben.

[2]) Vgl. Ihering Geist des röm. Rechts Thl. III Abth. 1. S. 38 Note 22 und Exner a. a. O. S. 235 Note 202.

[3]) Gl. singulae res zu l. 30 § 2 de usurp: — nullo modo usucapitur grex secundum quosdam. Tu dic secundum Jo. (Bassianum) quod usucapitur, cum possideatur et vindicetur.

[4]) Observat. iur. Rom. spec. I. cap. 1 (1818).

II. Apprehension.

§ 46. — 1. Römisches Recht.

a. Allgemeines.

Das corpus bei dem Acte des Besitzerwerbes ist die Realisirung des Besitzwillens der Sache gegenüber, die Unterwerfung der Sache unter den Willen der Person. Es handelt sich bei dem corpus um die in die Erscheinung tretende, dem Stoff anklebende Seite des Besitzerwerbes. Die Voraussetzungen des Besitzerwerbes nach dieser Seite hängen nothwendig von der Beschaffenheit des Objectes ab, auf das sich der Wille bezieht. Es kommt darauf an, daß ein Verhältniß zwischen Person und Sache hergestellt wird, welches für die Person das Bewußtsein der actuellen Macht über die Sache möglich macht. [1])

Zum Besitzerwerbe ist in der Regel die Gegenwart des Erwerbenden bei der Sache erforderlich. Daneben ist nothwendig, daß weder ein in der Sache liegendes Hinderniß, noch der Wille einer anderen Person dem Machtbewußtsein des Erwerbers entgegen-

---

[1]) Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 1. Abth. 2. S. 1233, hat den Satz aufgestellt: „Für die Frage vom Besitzerwerb entscheidet zwar die gegenwärtige Möglichkeit der beliebigen und ausschließlichen Einwirkung, aber nicht als actuelle, sondern als ideale, d. i. eine solche, welche nach vernünftiger Lebenssitte als eine gegenwärtige betrachtet wird, sollten auch ihrer Realisirung ungewöhnliche, daher nicht vorauszusehende Hindernisse entgegenstehen." — Mir ist nicht klar, welche praktische Bedeutung dieser Satz haben soll. Mit der Gegenüberstellung der actuellen und der idealen Möglichkeit und der Richtschnur der vernünftigen Lebenssitte kann man schließlich dahin kommen, einen Besitzerwerb überall da anzunehmen, wo der Wille zu besitzen mit dem Recht zum Besitz zusammentrifft. Vgl. unten die §§ 50—54. 59. — Und doch will Goldschmidt in jenem Satze nur eine leichte Modification der herrschenden Ansicht geben, und jene ideale Möglichkeit soll zwar keine actuelle, aber doch eine gegenwärtige sein. Römischrechtlich scheint mir der Satz jedenfalls nicht zu sein. Er strebt über das römische Recht hinaus, ohne jedoch bis zu der ganz unrömischen Auffassung Ihering's, daß die Apprehension nicht die Bedeutung der Erlangung der realen Macht, sondern die der Constatirung des Eigenthumswillens habe, (Grund des Besitzschutzes 2. Aufl. S. 160 ff.) vorzudringen. Gewiß würde sich auch Goldschmidt dagegen verwahren, daß man seinen Satz zur Erklärung der Rechtsgestaltungen, von denen in den citirten §§ die Rede sein wird, verwende. Aber das Gepräge der Verwandtschaft mit denselben kann der Satz nicht wohl verleugnen.

steht. Liegt weder das eine noch das andere Hinderniß vor, oder ist das etwa vorhanden gewesene Hinderniß beseitigt, so genügt zum Besitzerwerbe an sich die bloße Gegenwart des Erwerbers bei der Sache, ohne daß derselbe nöthig hat, irgend welche äußere Handlung, irgend welche Einwirkung auf die Sache vorzunehmen. Aber dieser Zustand kann der Natur der Sache nach kein dauernder sein. Wir haben mehr zu wollen, als Besitzer der Sache, die wir eben unserem Willen unterworfen haben, zu sein, und wir haben auch regelmäßig mehr und anderes zu thun, als bei der Sache gegenwärtig und dadurch in der Lage zu sein, sie uns dauernd zu sichern. Es müssen also, damit dem Willen, den wir in die Sache gelegt haben, entsprechend unser Besitz Bestand behalte, Garantien dafür vorhanden sein, daß die Sache nicht unserem Willen sich entziehe oder ihm entzogen werde. Diese Garantien können in der Beschaffenheit des Besitzobjects selbst bestehen, wie bei Grundstücken oder schwer beweglichen Mobilien. Es können aber auch äußere Vorkehrungen nothwendig werden, sei es um die in der Natur des Besitzobjectes an sich liegende Möglichkeit, daß es sich uns entziehe, aufzuheben, wie bei lebenden Thieren, sei es um Andere abzuhalten, ihren Willen in die Sache zu legen, wie bei anderen Mobilien. Diese Vorkehrungen werden, soweit sie die Sache gegen die Besitzergreifung durch Andere sicher stellen sollen, regelmäßig der materiellen Seite des Machtverhältnisses dadurch Rechnung tragen müssen, daß die Geltendmachung eines anderen Besitzwillens durch äußere Hindernisse thatsächlich ausgeschlossen ist. Es kann aber auch unter Umständen genügen, die Thatsache, daß eine Person ihren Willen in die Sache gelegt habe, anderen Personen überhaupt ersichtlich zu machen und die Sache also dadurch, daß ihr das Zeichen aufgedrückt wird, daß sie einen Herrn habe, gegen die Besitznahme durch Andere zu sichern.

Dergleichen äußere Anstalten haben überall da, wo die Gegenwart des Besitzers bei der Sache an und für sich schon den Besitzerwerb genügend vermittelt, nur uneigentlich Beziehung zum Besitzerwerbe. Der Besitz ist schon durch den machtvollen Willen der Person allein erworben. Jene uneigentliche Beziehung aber besteht darin, daß, wo die objective Beschaffenheit der Sache äußere Vorkehrungen nothwendig macht, um der Herrschaft der Person über die Sache die Dauer zu sichern, das Unterlassen solcher Vorkehrungen,

wenn ein Anderer sich demnächst der Sache bemächtigt, einen Rückschluß darauf nahe legt, daß es die ernste Absicht der Person nicht gewesen ist, sich zum Besitzer der Sache zu machen.

Die fraglichen Vorkehrungen können aber auch eine unmittelbare Beziehung zum Besitzerwerbe haben, und sie haben eine solche überall da, wo sie selbst, und nicht die Gegenwart der Person bei der Sache, die Entstehung des Machtbewußtseins in der Person vermitteln.[1]

§ 47. b. Anwendung auf einzelne Besitzobjecte.

a. Grundstücke.

Daß es zum Besitzerwerbe an Grundstücken keines anderen körperlichen Actes bedarf, als unserer Gegenwart bei dem Grundstücke, ist in folgenden Stellen ausgesprochen: l. 3 § 1 de poss. Paulus: Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore. quod autem diximus et corpore et animo adquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere. — l. 18 § 2 de poss. Celsus: — si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret vacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem. — l. 77. de rei vind. Ulpianus: Quaedam mulier fundum non marito donavit per epistulam — proponebatur quod etiam in eo agro qui donabatur fuisset, cum epistula emitteretur: quae res sufficiebat ad traditam possessionem.

Die Stellen beziehen sich auf einen fundus, ein in bestimmten Grenzen liegendes Grundstück von einem Umfange, der so mäßig ist, daß der Besitzerwerber, wenn er sich auf dem Grundstücke oder in seiner Nähe auf einem erhöhten Orte befindet, das ganze Grundstück mit seinen Grenzen übersehen und sich davon überzeugen kann, daß der Realisirung seines Besitzwillens nichts entgegensteht.

---

[1] Die Polemik Iherings gegen die Meinung, daß die Gegenwart des Erwerbenden bei der Sache zum Besitzerwerbe erforderlich sei (Savigny, Besitz S. 212. 214. 216; Ihering, Grund des Besitzschutzes S. 161 ff.) ist daher wohl berechtigt. Nur ergiebt sich daraus nichts für die Ihering'schen Positionen.

Die ältere bis auf die Glossatoren zurückgehende Theorie, welche das zum Besitzerwerbe gehörige Requisit des corpus durchaus materiell auffaßt und als regelmäßigen Act der Apprehension von Grundstücken das Betreten, das rei insistere, (l. 1. pr. de poss.) ansieht, aber dem Betreten das Anschauen des Grundstückes gleichstellt,[1]) ist von Savigny überwunden worden. Nach ihm kommt es darauf an, daß der Besitzerwerber selbst mit der Sache vornehmen kann, was ihm gut dünkt, und auch Andere davon abzuwehren in der Lage ist. Die obigen Stellen bezeichnet er als Anwendungen dieses Satzes.[2]) Gegen Savigny hat Windscheid mit Recht hervorgehoben, es gehöre zum Besitzerwerbe nicht, daß man jede fremde Einwirkung auf die Sache verhindern könne, denn es sei nicht erforderlich, daß man mächtiger sei, als die Anderen, denen es in den Sinn kommen möchte, auf die Sache einzuwirken, sondern nur, daß gegenwärtig keine fremde Macht die unsrige ausschließe[3]) Mit dieser Berichtigung möchte sich Savigny selbst einverstanden erklären. Jedenfalls soll sie nicht das Wesen der Savigny'schen Auffassung, sondern nur den Ausdruck treffen. Von anderen Gesichtspunkten aus haben Lenz und Baron gegen Savigny polemisirt, der erstere mit dem Vorwurf, daß Savigny noch allzusehr am Materiellen hänge,[4]) und Baron mit dem Versuch, den alten überwundenen Standpunkt in gewissem Betracht wieder zu Ehren zu bringen.[5]) Lenz meint, die persönliche Gegenwart des Erwerbers in oder bei dem Grundstücke sei zwar immer nöthig, aber nicht darum, weil ohne sie die willkürliche Behandlung der Sache nicht möglich sei, sondern weil ohne sie der Erwerber nicht wisse, was er wolle; es komme für den Erwerber darauf an, die Grenzen seines Besitzobjects kennen zu lernen. Aber was frommt dem, der Besitz erwerben will,

---

[1]) Gl. quia naturaliter zu l. 1 § 1 de poss.; gl. non minus zu l. l. 18 § 2 de poss, wo es heißt: interpretative hic intervenit actus corporis — Vel dic. visum esse sensum corporis. scilicet tactus, gustus, odoratus, visus, auditus. et hic visus fuit.

[2]) Besitz S. 206 ff. Savigny drückt das, worauf es ankommt, dahin aus, daß die physische Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar zu wirken und jede fremde Wirkung auf sie auszuschließen, entscheidend sei (S. 210).

[3]) Pandekten Bd. 1. § 153 Note 3. (4. Aufl. Note 4).

[4]) Besitz S. 180.

[5]) Jahrb. f. Dogm. Bd. 7. III. S. 142.

die Kenntniß der Grenzen, wenn ihn ein Anderer hindert, die Sache seinem Willen zu unterwerfen? Die Lenz'sche Ausführung kehrt eine Seite der Apprehension hervor, auf welche Savigny nicht besonders aufmerksam macht. Der Fehler der Lenz'schen Ausführung aber besteht darin, daß sie eben nur diese Seite hervorkehrt und die Berechtigung der anderen leugnet. Baron stellt die Ansicht auf, in der l. 3 § 1 de poss. seien die Bedingungen der Besitzergreifung principmäßig entwickelt, und damit die äußersten Grenzen bezeichnet, bis zu welchen das corpus abgeschwächt werden dürfe. Aber selbst dagegen, daß man auch nur einen Fuß auf das Grundstück setzen müsse, habe die Praxis, wie aus der l. 18 § 2 de poss. hervorgehe, Widerspruch erhoben, und die Theorie sei hinter der Praxis zurückgeblieben. [1]) Diese Sätze sind willkürlich und nicht zu begründen.

§. 48. β. Mobilien.

Schwer bewegliche Mobilien stehen den Grundstücken in sofern gleich, als sie in sich ebenfalls die Garantie dafür enthalten, daß sie dem Besitzwillen, der sich in ihnen realisirt hat, auch ohne besondere Vorkehrungen erhalten bleiben. Paulus sagt hierüber in der l. 1 § 21 de poss: — non est — corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu; argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas, nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint.

Daß die Vorkehrungen, welche unserem Besitze die Gewähr der Dauer zu sichern bestimmt sind, nicht nothwendig mit dem Besitzerwerbe zusammenhängen, geht aus folgender Stelle hervor: l. 79 de solut. Javolenus: — Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem si in conspectu meo ponere te iubeam, efficitur, ut te tu statim libereris et mea esse incipiat: nam tum, quod a nullo corporaliter eius rei possessio detinetur, adquisita mihi et quodammodo manu longa tradita existimanda est. Der Besitz wird hier dadurch

[1]) Die Ansicht Barons erinnert an die Ausführung des Conanus in dessen Comment. lib. III. cap. VIII. de adq. poss. Nr. 1: solebant (Romani) quandocunque omnes fundi glebas circumambulare, ut nulla pars eius non calcata pedibus diceretur, quod prehensionis loco esset. Id tamen quia ridiculum et plus quam superstitiosum videbatur, satis postea ad adipiscendam possessionem habitum est, si pars aliqua fundi pertingeretur.

erworben, daß das Geld oder die sonstige bewegliche Sache vom Tradenten in Gegenwart des Erwerbenden hingelegt wird, so daß der letztere in der Lage ist, mit der Sache zu machen, was er will. Dabei braucht nicht an ein Hinlegen in der Wohnung oder im Geschäftslocal des Empfängers gedacht zu werden. Das Hinlegen an einem beliebigen Orte macht den Empfänger zum Besitzer. Will er den Besitz sich erhalten, so wird er freilich, wenn die Hinlegung nicht an einem Orte, welcher durch seine Beschaffenheit und dadurch, daß der Empfänger sich in der Lage befindet, Andere am Zutritt zu verhindern, die Gewähr der steten Möglichkeit der Realisirung des Besitzwillens bietet, geeignete Vorkehrungen, um sich diese Möglichkeit zu verschaffen, treffen müssen.

Von einer solchen Vorkehrung ist in der l. 1 § 21. de poss. die Rede. Paulus sagt hier: — Si iusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit, videri mihi traditam. Der Procurator ist hier nicht der Repräsentant für den Act des Besitzerwerbes. Der Käufer erwirbt den Besitz durch sich selbst, indem er in die gegenwärtige Sache seinen Willen legt, nachdem der Tradent den seinigen aus derselben gezogen hat. Der Procurator, der die Sache an sich nimmt, hat dieselbe nur für seinen dominus zu verwahren und nach dessen Vorschrift darüber zu verfügen. Er ist das Mittel, dessen sich der Käufer bedient, um die Sache, an der er selbst Besitz ergriffen, seinem Besitzwillen zu sichern. Als Repräsentant kommt er erst für die Forsetzung des Besitzes in Betracht.

Der Besitzerwerb und die Veranstaltung, welche uns den Besitz sichern soll, fallen in dem Falle, den die nachfolgende Stelle bespricht, zusammen: l. 51 de poss. Javolenus — Quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo: veluti si acervum lignorum emero et eum venditor tollere me iusserit, simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. idem iuris esse vino vendito, cum universae amphorae vini simul essent. sed videamus, inquit, ne haec ipsa corporis traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi an et cuilibet iusserim custodia tradatur. in eo puto hanc quaestionem consistere, an, etiamsi corpore acervus aut amphorae adprehensae non sunt, nihilo minus traditae videantur: nihil video interesse, utrum ipse acervum an mandato meo aliquis custodiat: utrubique animi quodam genere possessio erit aestimanda. Die Stelle supponirt, daß das Kaufsobject, der Holzhaufe oder die Wein-

krüge, sich an einem auch Anderen zugänglichen Orte befindet. Der Verkäufer hat bisher für die custodia des Kaufsobjectes Sorge getragen. Er will davon frei werden und verlangt, daß der Käufer dasselbe wegbringe. Der letztere schickt vorläufig, bis auf weitere Verfügung, einen Wächter an den Lagerungsort, der nun seinerseits die custodia übernimmt. Damit hat der Käufer den Besitz erworben. Der Verkäufer hat durch sein Geheiß, die Sache abzuholen, dem Besitzwillen des Käufers Raum gegeben. Der Käufer nimmt in Folge dessen den Besitzwillen an und realisirt ihn, ohne sich selbst zur Sache zu begeben, durch die Abordnung eines Menschen, welcher den, der die custodia bis dahin Namens des Verkäufers ausgeübt hat, oder den Verkäufer selbst, wenn dieser in Person die Sache bewacht hat, ablösen soll. Der vom Käufer angestellte Wächter ist kein Repräsentant für den Besitzerwerb. Er ist nur berufen, für den Käufer die Bewahrung des Besitzobjectes zu übernehmen. Dieser ihm gegebene und durch ihn erfüllte Beruf ist für den Käufer das Mittel der Realisirung des Besitzwillens, und die Art solcher Realisirung enthält gleichzeitig die Veranstaltung, durch welche der Erwerber sich den Besitz vorläufig sichert, bis er die weiter geeignete Verfügung über die Sache trifft.

In der folgenden Stelle tritt das zum Besitzerwerbe gehörige Bewußtsein von der über die Sache erlangten Herrschaft vor der Bedeutung der objectiven Sicherheit unserer Macht über die Sache auffallend zurück: l. 18 § 2 de poss. Celsus — Si venditorem quod emerim deponere in mea domo iusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit. Die Gewähr der Sicherheit unserer Herrschaft über die Sache erlangen wir unzweifelhaft dadurch, daß wir die Sache, deren Besitz wir ergriffen haben, nach einem Raume bringen oder bringen lassen, über den uns die Herrschaft zusteht, so daß die Herrschaft über den ganzen Raum uns zum Herrn der in diesem Raume befindlichen Gegenstände macht. Eine Sache, die sich in unserer Wohnung, auf unserem umschlossenen Wirthschaftshofe, in unserem umschlossenen Garten befindet, ist regelmäßig unserer realen Macht unterworfen. Wäre dies allein der Sinn der Stelle, so hätte sie nichts Auffallendes. Sie hat aber darum ihre besondere Bedeutung, weil sie der Niederlegung der Sache in dem Hause des Käufers die Wirkung des Besitz e r w e r b e s für denselben beilegt, und statt, wie man erwarten möchte, auszusprechen, daß der Käufer,

um den Besitz zu erwerben, von der Niederlegung Kenntniß erhalten haben müsse, es für gleichgültig erklärt, ob im Hause des Käufers mit der Sache vom Käufer oder Namens desselben etwas vorgenommen worden ist. Die bestimmte Erwartung des Käufers, daß die Sache seinem Geheiße gemäß in seine Behausung werde gebracht werden, und die Thatsache der geschehenen Niederlegung, auch wenn der Käufer sich nicht durch den Augenschein die Ueberzeugung verschafft hat, daß sie niedergelegt worden ist, in Verbindung mit dem Bewußtsein des Käufers von der ihm über sein Haus zustehenden Herrschaft ist als ein ausreichendes Surrogat dafür, daß der Käufer seinen Willen unmittelbar in die Sache zu legeu habe, erschienen.

An einer Sache, welche sich in einem Raume befindet, über den die Herrschaft einer Person dergestalt zusteht, daß durch diese jeder Andere an dem Zutritt zu dem Raume verhindert werden kann, ist für andere Personen ein Besitzerwerb, der dem Besitze die Gewähr der Dauer gibt, in der Regel nur unter der Voraussetzung möglich, daß die Sache aus jenem Raume entfernt wird. Eine Ausnahme hiervon tritt ein, wenn der Besitzerwerber auf so lange, bis er anderweit über die Sache verfügt, die gesicherte Herrschaft über den Raum erhält. Hierher gehört der Fall der Uebergabe einer Sache durch Aushändigung der Schlüssel des verschlossenen Raumes, in welchem sich die Sache befindet. Die Rechtsbücher enthalten hierüber folgende Stellen: l. 74 de contr. empt. Papinianus — Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint: quo facto confestim emptor dominium et possessionem adipiscitur, etsi non aperuerit horrea — l. 1 § 21 de poss. Paulus: — vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emptori traditae fueriut, und l. 9 § 6 de acq. rer. dom. Gaius — si quis merces in horreo repositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem. — Wir erwerben hier ohne einen Act, der unsere Herrschaft über die Sache unmittelbar documentirt, durch die custodia eines Anderen Besitz, indem dieser der Vorkehrungen, die er getroffen hat, um sich die Sache zu sichern, zu unseren Gunsten sich begibt, und uns die Möglichkeit gewährt, über die Sache zu verfügen und beziehungsweise die von ihm getroffenen Vorkehrungen als die unsrigen anzusehen. Die Zustellung der Schlüssel muß, wie die erste Stelle fordert, in der Nähe des verschlossenen Raumes geschehen, der die Sache ent-

hält, welche übergeben werden soll. Dies hat den Sinn, daß derjenige, dem tradirt wird, sich bei der Tradition wenigstens von dem Verschlusse des Behältnisses überzeugt, auch wenn er es unterläßt, sich alsbald von dem Vorhandensein der Sache, welche Gegenstand der Tradition ist, Ueberzeugung zu verschaffen. Savigny bemerkt, daß, wer durch eine verschlossene Thür von der Sache getrennt sei, sie ebensowenig besitze, als wer weit davon entfernt sei, daß aber, wer die Schlüssel habe, in jedem Augenblicke die Sache ergreifen könne, und daß es für den Erwerb des Besitzes gleichgültig sei, ob er dies wirklich thue, ja ob er auch nur die Thür öffne. Die Möglichkeit der Verfügung über die Sache ist ihm also das Medium der Besitzergreifung.[1]) Anders Lenz, welcher ausführt, daß der Besitzwille dessen, der die Lagerbestände in einem fremden Speicher kaufe, nur dann nicht der nöthigen objectiven Sicherheit entbehre, wenn durch Verschließung der Lagerräume die Bestände in der Art festgestellt seien, daß er annehmen dürfe, sie nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu behalten. Den Zweck der Uebergabe der Schlüssel findet Lenz dem entsprechend in von ihm besonders betontem Gegensatze zu Savigny in der Möglichkeit, das Kaufsobject abzuschließen und verschlossen zu halten.[2]) — Der casus controversiae, soweit der Zweck der Uebergabe der Schlüssel in Frage ist, erscheint nicht recht verständlich, wenn erwogen wird, daß der Verkäufer bei dem Abschließen doch keine andere Absicht gehabt haben kann, als die, sich die Möglichkeit, mittelst Aufschließens zur Sache zu gelangen, zu verschaffen und zu erhalten, und daß er dem Käufer mit der Uebergabe der Schlüssel die gleiche Möglichkeit geben will. So weit es sich um die Bedeutung der Aushändigung der Schlüssel für den Besitz handelt, muß wieder zwischen dem Acte des Erwerbes und der Garantie dauernden Bestandes des Besitzes unterschieden werden. Für den Act des Erwerbes kommt nur die Möglichkeit des Aufschließens und der dadurch entstehenden Möglichkeit der Verfügung über die Sache in Frage. Die Gewähr des Bestandes des Besitzes aber vermittelt der bleibende Verschluß.[3])

---

[1]) Besitz S. 225 f.

[2]) Besitz S. 199 ff.

[3]) Baron, Jahrb. für Dogm. Bd. 7. III. S. 128 f., will darauf, daß Paulus und Gaius im Gegensatz zu Papinian das Requisit des „apud horrea“ nicht

Eine Art, sich den Besitz einer Sache zu sichern, ist das Vergraben der Sache in der Erde. Die römischen Juristen haben mit besonderer, sicher durch das praktische Bedürfniß hervorgerufenen Vorliebe die Beziehungen dieses Mittels, eine besessene Sache sich zu erhalten, zum Besitze und seiner Fortdauer erörtert. Von ihren Entscheidungen gehören hierher nur diejenigen, in denen erörtert wird, was zum Erwerbe des Besitzes an der von einem Anderen durch Vergraben verborgenen Sache erforderlich ist. Die Hauptstellen, welche sich hierauf beziehen, sind folgende: l. 3 § 3 de poss. Paulus — Neratius et Proculus et solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio. ideoque si thensaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet. ceterum quod Brutus et Mamilius putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thensaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim qui nescit non possidet thensaurum, quamvis fundum possideat. sed et si sciat, non capiet longa possessione, quia scit alienum esse. quidam putant Sabini sententiam veriorem esse nec alias eum qui scit possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia: quibus consentio — und l. 44 pr. ib. Papinianus: — nihil interest, pecuniam in meo an in alieno condidissem, cum, si alius in meo condidisset, non alias possiderem, quam si ipsius rei possessionem supra terram adeptus fuissem. itaque nec alienus locus meam propriam aufert possessionem, cum, supra terram an infra terram possideam, nihil intersit.

Nach der ersten Stelle sind die Meinungen über die Erfordernisse des Besitzerwerbes getheilt gewesen. Die Einen haben angenommen, daß der Besitzer eines Grundstücks auch den darin verborgenen Schatz, von dem er nichts weiß, als einen Theil seines Grundstücks besitzt. Von anderer Seite ist die Meinung aufgestellt worden, zum

---

erwähnen, den Satz gründen, man müsse unterscheiden, ob der Verkäufer dem Käufer erlaubt habe, die Waare noch im Speicher lagern zu lassen, oder nicht. Ersterenfalls könne die Uebergabe der Schlüssel gleichviel wo immer erfolgen, letzterenfalls müsse sie apud horrea geschehen. — Die Unterscheidung ist willkürlich. Die Nichterwähnung jenes Requisits bei Paulus und Gaius beweist nicht, daß es nicht vorhanden gewesen sei. Vgl. auch Exner, Rechtserwerb durch Tradition S. 100 f. Note 33.

Besitzerwerbe sei erforderlich, daß der Besitzer des Grundstücks um den Schatz wisse. Die dritte, als richtig erkannte Ansicht ist die, daß der Besitzer des Grundstücks den fremden Schatz von dem Orte, wo er vergraben sei, fortnehmen müsse. Die letztere Ansicht wird auch in der zweiten Stelle vertreten. Der Sinn der Entscheidung ist der, daß der Besitzer des Grundstücks die Vorkehrungen, die derjenige, welcher den Schatz verborgen, getroffen hat, um sich sein Besitzobject zu sichern, beseitigen muß, wenn er den Besitz erwerben will. Es nützt ihm zum Besitzerwerbe nichts, daß er in der Lage ist, den, der den Schatz verborgen hat, von seinem Grundstücke abzuwehren. Die von dem Anderen getroffenen Vorkehrungen bleiben immer dessen Vorkehrungen, die ihm bis zu gelegener Zeit die Sache sichern, wenn nicht bis dahin der Besitzer des Grundstücks ihnen durch Fortnahme der Sache diese Wirkung entzogen hat. In der ersten Stelle ist von einem thesaurus die Rede. Savigny hat mit Recht darauf hingewiesen, daß damit nicht blos eine vetus quaedam depositio, cuius memoria non exstat, ut iam dominum non habeat, sondern alles vergrabene Geld gemeint ist.[1]) Man wird darunter auch andere Werthsachen zu verstehen haben. Streitig ist die Frage, ob die Stellen auch auf den in einem Hause vergrabenen Schatz Anwendung finden. Savigny meint, daß der Besitzer des Hauses, wenn er wisse, wo der Schatz liege, auch ohne Ausgraben Besitzer sei, weil sich der Schatz in seiner custodia befinde. Lenz und Baron bekämpfen diese Ansicht, der erstere, weil jenes Wissen noch nicht die reale Möglichkeit, auf die Sache einzuwirken, gewähre, der letztere auf Grund der ihm eigenthümlichen Auffassung der custodia, von der noch die Rede sein wird.[2]) Die Savigny'sche Meinung ist nicht aufrecht zu halten. Die durch das Haus selbst vermittelte custodia erstreckt sich auf alle Räume des Hauses, aber weder auf den Boden unter dem Hause, noch auch auf das, was eingemauert oder sonst in einer Wand oder unter den Dielen des Hauses verborgen ist. Eine wie angegeben untergebrachte Sache ist in einer besonderen custodia, nicht in der des Hausbesitzers,

---

[1]) Besitz S. 229.

[2]) Savigny Besitz S. 230, Lenz Besitz S. 153 f., Baron Jahrb. für Dogm. Bd. 7 III. S. 113 ff.

sondern in der custodia desjenigen, der sie vergraben oder verborgen hat.

§ 49. γ. Moventien.

Besondere Voraussetzungen des Besitzerwerbes treten bei den Thieren ein. Diese müssen, um zu Besitzobjecten geeignet zu sein, Leben oder Freiheit daran geben.

Auf die Besitzergreifung an einem bis dahin in natürlicher Freiheit befindlichen Thiere beziehen sich folgende Stellen: l. 5 § 1 de acq. rer. dom. Gaius: Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intellegatur. Trebatio placuit statim nostram esse et eo usque nostram videri, donec eam persequamur, quod si desierimus eam persequi, desinere nostram esse et rursus fieri occupantis: itaque si per hoc tempus, quo eam persequimur, alius eam ceperit eo animo, ut ipse lucrifaceret, furtum videri nobis eum commisisse. plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus: quod verius est — und l. 55 ib. Proculus: In laqueum, quem venandi causa posueras, aper incidit: cum eo haereret, exemptum eum abstuli: num tibi videor tuum aprum abstulisse? et si tuum putas fuisse, si solutum eum in silvam dimisissem, eo casu tuus esse desisset, an maneret? — respondit: laqueum videamus ne intersit in publico an in privato posuerim et, si in privato posui, utrum in meo an in alieno, et, si in alieno, utrum permissu eius cuius fundus erat an non permissu eius posuerim: praeterea utrum in eo ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit. summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit. sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimisisses, et eo facto meus esse desisset, actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, cum quidam poculum alterius ex nave eiecisset.

Nach der in der ersten Stelle gebilligten Meinung ist der Besitz an dem verwundeten Wilde nicht erworben, wenn das körperliche Verhältniß des Jägers zum Wilde von der Art ist, daß das Thier ihm nicht mehr entgehen kann. Das Thier muß also getödtet vor dem Jäger liegen, oder es muß, wenn es noch lebt, der Möglichkeit, sich fortzubewegen, beraubt und unfähig sein, seiner Tödtung oder

dem Fange durch den in unmittelbarer Nähe des Thieres befindlichen Jäger Widerstand zu leisten. Wird das Thier von Mehren gejagt, so kommt es nicht darauf an, wer es verwundet hat, sondern Besitzer wird, wer zuerst in unmittelbarer Nähe des Thieres seiner über dasselbe erlangten Macht wirksam Ausdruck gibt. Dies Erforderniß ist in dem capere ausgesprochen.

Streitig ist die Auffassung der zweiten Stelle. Die eine Meinung geht dahin, der Jurist entscheide die erörterte Frage in Uebereinstimmung mit dem in der ersten Stelle von Gaius aufgestellten Satze in der Art, daß dem capere der ersten Stelle das in meam potestatem pervenire der zweiten Stelle entspreche. Die Meinung ist also die, daß der Jurist den Jäger nicht schon durch die mittelst der Schlinge für das Thier hergestellten Unmöglichkeit, sich fortzubewegen, Besitzer und Eigenthümer des Thieres werden läßt, so wenig wie im Falle der ersten Stelle der Jäger durch die tödtliche Verwundung des Thieres, das ihm ohne Hinzukommen eines Anderen, der Besitzer werden will, nicht mehr entgehen könnte, den Besitz erworben hat, daß vielmehr, so wie dort das Erforderniß der erlangten Macht über das Thier in dem capere seinen Ausdruck erhalten hat, hier durch das in potestatem pervenire noch ein besonderer Act der Besitzergreifung zur Voraussetzung des Besitzerwerbes gemacht ist. Diese Ansicht ist die Savigny's.[1] Dagegen verlangt Böcking zum Besitzerwerbe nur, daß derjenige, der die Schlinge gelegt, von dem Fange des Thieres Kenntniß erhalten habe, vorausgesetzt, daß das Thier dergestalt in der Schlinge festhänge, daß es sich nicht, auch nicht beim Herausnehmen, frei machen könne.[2] Baron scheint nicht einmal diese Kenntniß als Erforderniß des Besitzerwerbes anzusehen. Er führt aus, der Jurist habe das in potestatem venire und damit die Entscheidung des Falles selbst von dem Orte, wo das Thier gefangen worden, und von dem Umstande, daß das Thier auch wirklich der natürlichen Freiheit beraubt sei, dergestalt abhängig gemacht, daß Besitz am Thiere erworben werde, wenn derjenige, der die Schlinge gelegt, entweder Eigenthümer des Ortes sei, wo er die Schlinge angebracht, oder mit Erlaubniß des Eigenthümers die Schlinge gelegt habe, und wenn die Schlinge fest genug sei, so daß

[1] Besitz S. 223 Note 1.

[2] Pandekten § 124 Note 32.

das Thier sich nicht herausarbeiten könne.[1]) Lenz endlich sucht den Schwierigkeiten der Stelle durch die Annahme zu begegnen, daß das durch die Schlinge festgehaltene Wild damit zwar in das Eigenthum, aber nicht in den Besitz dessen, der die Schlinge gelegt, gekommen sei.[2])

Die letztere Ansicht halte ich für unmöglich. Es ist eine rechtsökonomische Bestimmung des Besitzes, den Eigenthumserwerb an einer herrenlosen Sache zu vermitteln, und die Besitzergreifung ist zu solchem Eigenthumserwerbe unerläßlich.[3])

Im übrigen halte ich dafür, daß der Jurist eine bestimmte Entscheidung des Falles, um den es sich handelt, nicht getroffen, sondern nur angedeutet hat, worauf es bei der Entscheidung anzukommen habe. Der Jurist legt zuerst Gewicht auf den Ort der Schlingenstellung. Daß es sich bei dieser Frage, wie Lenz meint, um ein „leichtes Hinwerfen selbstgemachter, auf scheinbaren Zweifelsgründen beruhender Einwendungen", also um ein müßiges Gedankenspiel handelt, ist gewiß nicht anzunehmen. Der Ort der Schlingenstellung hat darum Bedeutung, weil der Schlingensteller, der ohne Erlaubniß des Eigenthümers des Ortes die Schlinge gelegt hat, das Thier nicht in seine potestas bringen kann, wenn der Eigenthümer demnächst von seinem Rechte, Jenen von dem fraglichen Orte abzuhalten, erfolgreich Gebrauch macht, und weil, wenn die Schlinge an einem locus publicus gelegt ist, jeder Andere dem Schlingensteller in der Erlangung der potestas über das Thier zuvorkommen kann. Ein weiteres Gewicht legt der Jurist auf die Frage der Haltbarkeit der Schlinge. Aber entschieden ist die Frage auch damit noch nicht. Das letztere Moment kommt nur neben dem

---

[1]) a. a. O. S. 65 ff.

[2]) Besitz S. 271 ff.

[3]) Nach heutigem Jagdrecht ist die Frage anders zu entscheiden, als nach römischem Recht. Mit dem Fange des Ebers ist nach heutigem Recht dem Jagdberechtigten das Eigenthum an dem Thiere erworben, wenn die Schlinge so beschaffen ist, daß das Thier sich nicht mehr frei machen kann, und es ist gleichgültig, wer die Schlinge gestellt hat, der Jagdberechtigte oder ein Wilddieb. Von der Eigenthumsfrage aber ist die Besitzfrage ganz unabhängig. Vgl. Karl Roth in Pözl Vierteljahrsschrift Bd. 5 XXII.

ersteren für die Erlangung der potestas über die Sache in Betracht. Das pervenire in potestatem ist das Entscheidende. Was alles dazu erforderlich ist, sagt der Jurist nicht. Er will die Frage nicht casuistisch erschöpfen, und die Frage läßt eine erschöpfende Beantwortung nicht einmal zu. Um das Böcking'sche Kriterium der Kenntniß des Schlingenstellers von dem Fange mit ihr in Verbindung zu bringen, so meine ich, daß unter gewissen Umständen zum Erwerbe des Besitzes und des Eigenthums selbst jene Kenntniß nicht erforderlich ist. Wenn nämlich der Ort der Schlingenstellung von der Beschaffenheit ist, daß Andere durch äußere Hindernisse abgehalten sind, auf ihn anders, als mit Erlaubniß des Schlingenstellers zu gelangen, so vermittelt die Herrschaft über den Ort auch die Herrschaft über das gefangene Wild. Diesen Fall nehme ich bei dem Eigenthümer eines Wildparks, einer silva circumsepta, an, der nur ihm, seinen Dienstleuten und seinen Jagdgästen offen steht. In diesem Falle ist der Besitzerwerb an dem in der Schlinge gefangenen Wilde vor der von dem Fange erhaltenen Kenntniß ebenso zuzulassen, wie der Besitzerwerb an der Sache, die in die Wohnung des Käufers gebracht wird, im Falle der l. 18 § 2 de poss. Der Baron'sche Begriff der custodia ist freilich auch für unseren Fall unverwerthbar.

Von den Vorrichtungen, welche dazu bestimmt sind, den Besitz an wilden Thieren, die schon ihre Freiheit verloren haben, uns zu erhalten, handelt das folgende Fragment: l. 3 § 14 de poss. Paulus: Item feras bestias, quas vivariis incluserimus, et pisces, quos in piscinas coiecerimus, a nobis possideri. sed eos pisces, qui in stagno sint, aut feras, quae in silvis circumseptis vagentur, a nobis non possideri, quoniam relictae sunt in libertate naturali: alioquin etiam si quis silvam emerit, videri eum omnes feras possidere, quod falsum est. Die Thiere, die wir in das Vivarium einschließen, die Fische, die wir in die Piscina werfen, müssen in unserem Besitze sein. Vivarium und Piscina sind die Anstalten, vermöge deren wir unsere Macht über die Besitzobjecte zu einer dauernden machen. Wir werden also Besitzer der Thiere, die sich in den fraglichen Anstalten befinden, wenn wir an den letzteren selbst Besitz ergreifen. Savigny faßt den in der Stelle ausgesprochenen Gegensatz zwischen dem vivarium und der silva circumsepta, der piscina und dem stagnum, indem er vivarium mit Zwinger, piscina mit Fischkasten übersetzt, dahin auf, daß der größere oder geringere Umfang der Vorrichtung ent-

scheidend sei[1]). Lenz ist ihm darin mit Recht entgegen getreten[2]), und Baron hat sich dem letzterem Schriftsteller angeschlossen, indem er aus den Darstellungen bei Varro, Columella, Plinius den Nachweis führt, daß unter Vivarien Thierparke von oft sehr großer Ausdehnung, unter Piscinen Fischteiche zu verstehen seien[3]). Das Gewicht liegt, wie die Stelle besagt, darauf, daß die Thiere durch die betreffende Vorrichtung ihrer natürlichen Freiheit beraubt und der Macht des Menschen unterworfen sind. Ein Analogon der Vivarien sind unsere zoologischen Gärten. Die piscinae aber unterscheiden sich von unseren Fischteichen darin, daß bei den ersteren der Zu- und Abfluß so eingerichtet ist, daß er einen Wechsel des Fischbestandes nicht ermöglicht. — Von dem Besitz an wilden Vögeln handelt der § 15 der allegirten lex: aves autem possidemus, quas inclusas habemus.

Auf den Besitz an Thieren, welche zwar ihrer Natur nach wild sind, über die aber der Mensch vermöge ihrer consuetudo revertendi Macht erlangen kann, bezieht sich die l. 3 § 16 de poss. Paulus: Quidam recte putant columbas quoque, quae ab aedificiis nostris volant, item apes, quae ex alveis nostris evolant et secundum consuetudinem redeunt, a nobis possideri. Hiermit ist der Ausspruch des Gaius in der l. 5 § 5 de adq. rer. dom. in Verbindung zu bringen: Pavonum et columbarum fera natura est nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine avolare et revolare solent: nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam: cervos quoque ita quidam mansuetos habent, ut in silvas eant et redeant, quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat. in his autem animalibus, quae consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque nostra esse intellegantur, donec revertendi animum habeant, quod si desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse et fiant occupantium. intelleguntur autem desisse revertendi animum habere tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint. An den hier gedachten Thieren ergreifen

---

1) Besitz S. 343 Note 1.

2) Besitz S. 269 ff.

3) Jahrb. für Dogm. Bd. 7 III. S. 69—78. Exner, Rechtserwerb durch Tradition S. 106 Note 43, polemisirt gegen Baron, ohne ihm indeß in der Sache selbst Unrecht zu geben.

wir, so lange sie die consuetudo revertendi haben, Besitz schon dadurch, daß wir Besitzer des Raumes werden, an welchen die Thiere zurückkehren. Dieser den Bedürfnissen der Thiere entsprechende Raum in Verbindung mit der consuetudo revertendi tritt hier an die Stelle der Anstalten, die wir in Betreff anderer wilder Thiere nöthig haben, um sie unserer Macht dauernd zu unterwerfen. Baron meint, daß in Ansehung der Bedeutung der consuetudo revertendi für den Besitz an Thieren eine Controverse unter den römischen Juristen bestanden habe. Das quidam putant in der l. 3 § 16 de poss. soll auf das Vorhandensein einer Controverse hindeuten. Als die gegnerische Ansicht bezeichnet er die, daß nur der Besitz an einem Sclaven durch den animus revertendi vermittelt werde, während bei allen übrigen beweglichen Sachen — also bei den Thieren ohne Ausnahme — die custodia zum Besitze gehöre. Diese Ansicht findet Baron in der l. 3 § 13 und der l. 47 de poss. ausgesprochen.[1]) Ich halte diese Argumente nicht für ausreichend. Das quidam putant deutet an, daß die von Paulus adoptirte Meinung nur erst von einigen Juristen zum Ausdruck gebracht worden ist. Es mag bis dahin noch keine Veranlassung vorgelegen haben, den Besitz an den Thieren mit consuetudo revertendi in Erwägung zu ziehen. Die quidam haben die Frage zuerst erörtert und sind natürlich dahin gekommen, denselben Satz, den Gaius in der l. 5 § 5 de adq. dom. für das Eigenthum aufstellt, auch für den Besitz gelten zu lassen. Daß der jüngere Nerva und Papinian in der l. 3 § 13 und der l. 47 de poss. bei der Erörterung des animus revertendi für die Fortdauer des Besitzes nur von Sclaven, nicht auch von Tauben und Bienen spricht, erklärt sich damit, daß der animus revertendi eines Sclaven ein ganz anderes Ding ist, als die consuetudo revertendi eines Thieres. Der Sclave wird fortbesessen, so lange er den Willen hat, Sclave seines Herrn zu sein und dessen Macht sich zu unterwerfen; das Thier mit consuetudo revertendi nur so lange als der Besitz des Raumes, an den es zurückzukehren gewöhnt ist, dauert, und so lange dieser Raum seiner bisherigen Bestimmung erhalten bleibt. Der Ausspruch Papinian's in der l. 47 de poss.: igitur earum quidem rerum, quae ratione vel anima carent, confestim (i. e. neglecta

---

[1]) a. a. O. S. 122 ff.

atque omissa custodia) amittitur possessio, homines autem retinentur, si revertendi animum haberent — hat daher seine volle Wahrheit auch in Ansehung der Thiere mit consuetudo revertendi.

Vom Besitze an gezähmten Thieren handelt die l. 3 § 15 de poss. Paulus: Aves — possidemus — si quae mansuetae factae custodiae nostrae subiectae sunt. Diese Thiere haben wir vermöge der Herrschaft über den Raum, den wir ihnen zum Aufenthalte anweisen, in unserer custodia. Auch hier ist die custodia das Mittel, um uns die dauernde Herrschaft über das Besitzobject zu erhalten. Das Thier muß bereits in unserem Besitze sein, wenn wir es in solche custodia bringen. Doch können wir grade durch die fragliche custodia, wenn ein Thier von Anderen in dieselbe gebracht wird, Besitz an demselben erwerben, ebenso wie wir durch den Erwerb des Besitzes an dem Raume, der zum ständigen Aufenthalte des Thieres dient, das Requisit des Besitzwillens vorausgesetzt, Besitzer des Thieres werden.

Ueber den Besitz an von Natur zahmen Thieren sprechen sich die Rechtsbücher nicht aus. Wir ergreifen Besitz an ihnen, wie an anderen beweglichen Sachen, einmal durch unsere Gegenwart bei dem Besitzobjecte, wenn nicht der Besitzwille einer anderen Person oder die Beschaffenheit des Besitzobjectes selbst die Entstehung des Bewußtseins der Macht über die Sache hindert, dann aber auch dadurch, daß das Thier in unsere custodia kommt und damit den Anstalten unterworfen wird, die wir getroffen haben, um uns die Macht über Besitzobjecte dieser Art zu sichern.

§ 50. — 2. Spätere Rechtsbildungen.

a. Ausgangspunkt.

Wie weit auch die Bereitwilligkeit gehen mag, den sicheren Tact der römischen Juristen in Entscheidung der einzelnen Fälle, in denen die Erfordernisse des Besitzerwerbes quoad corpus in Frage sind, anzuerkennen, so ergibt sich doch aus den besprochenen Stellen, daß das Verhältniß des animus und des corpus von den römischen Juristen nicht begriffsmäßig klar erfaßt worden ist, daß dieselben mit den Begriffen animus und corpus in unsicherer Weise argumentiren, uud daß mit der Art, wie sie diese Begriffe aufgefaßt oder doch ihrer Auffassung Ausdruck gegeben haben, die Resultate, zu denen sie gelangt sind, nicht überall im Einklange stehen. Die

Entscheidungen werden mit sicherem Tacte getroffen. Aber der logische Prozeß, durch welchen die Resultate gewonnen werden, tritt in der den Entscheidungen beigegebenen Beweisführung nicht überall hervor. Die Entscheidung ist nicht immer aus den beigefügten Entscheidungsgründen gewonnen, sondern wird häufig auf dieselben nur zurückgeführt. Es findet ein Suchen nach Gründen, kein Rechnen mit bestimmten Prämissen statt.

Daher kann es nicht auffallen, wenn von der Zeit der Glossatoren an vielfache Mißverständnisse in Bezug auf die Bestimmung des Verhältnisses von animus und corpus untergelaufen sind. Auch diese Mißverständnisse sind zum Theil auf Rechnung des Umstandes zu setzen, daß die Späteren in den Aussprüchen der römischen Juristen das Höchste der Jurisprudenz selbst da sehen zu müssen meinten, wo in der That nur Unzulänglichkeit im Abstrahiren vorlag. Ihre Signatur erhält die Auffassung des fraglichen Verhältnisses bei den Späteren durch die besondere Wichtigkeit und Ausführlichkeit, mit welcher fast von allen Schriftstellern des Mittelalters und zum Theil auch von denen der neueren Zeit, Italienern, Franzosen und Deutschen, die über den Besitz geschrieben haben, die Fragen behandelt worden sind, ob possessio a pedibus oder a sedibus abzuleiten sei, warum, wenn die Frage zu Gunsten der Füße beantwortet worden, man die possessio grade nach den Füßen und nicht nach einem anderen Körpertheile benannt habe, und endlich warum die possessio ihren Namen von Körpertheilen und nicht vielmehr ab animo herleite, der doch dignior sei, als das corpus, und zum Besitz eben so nothwendig gehöre, als dieses. Damit wird erklärlich, daß man das corpus in Beziehung auf Grundstücke in dem Betreten fand, daß man es in Beziehung auf Mobilien in der Berührung mit der Hand bestehen ließ, und daß man, wo in den Rechtsbüchern von anderen Arten der Besitzergreifung die Rede ist, eine apprehensio ficta, eine durch positive Bestimmung stattfindende Ausdehnung der Erfordernisse der Besitzergreifung annahm. Die Mißverständnisse erbten sich von den Glossatoren an fort. Erst mit der Monographie Savigny's wurde die Rechtswissenschaft von den fraglichen Irrthümern befreit.[1])

Die Juristen des Mittelalters und der neueren Zeit, welche in

[1]) Daß Hegel noch unter dem Einfluß der alten Auffassung steht, ist schwer zu begreifen. Derselbe sagt in der Rechtsphilosophie S. 90 f: „die Besitznahme ist ganz vereinzelter Art: ich nehme nicht mehr in Besitz, als ich mit meinem

denselben befangen waren, sahen sich, da sie sich den einheitlichen Rechtsgedanken, der in den einzelnen Entscheidungen der römischen Juristen zur Geltung kam, nicht zum Bewußtsein brachten, genöthigt, in den verschiedenen Fällen, in denen sie eine fingirte Apprehension annahmen, den Gründen dieser Fiction nachzugehen, die Voraussetzungen der letzteren zu bestimmen, für jede der Fictionen die vermeintliche Idee, worauf sie beruhte, aufzufinden. So erhielt man

Körper berühre, aber das zweite ist sogleich, daß die äußeren Dinge eine weitere Ausdehnung haben, als ich fassen kann. Indem ich so was in Besitz habe, ist auch damit ein Anderes in Verbindung. Ich übe die Besitznahme durch die Hand, aber der Bereich derselben kann erweitert werden. — Wenn ich etwas besitze, so geht der Verstand gleich dahin über, daß nicht blos das unmittelbar Besessene, sondern das damit Zusammenhängende mein sei. Hier muß das positive Recht seine Festsetzungen machen, denn aus dem Begriffe läßt sich nichts weiter herleiten. — Jhering meint, daß wenigstens das ältere römische Recht den Besitzerwerb an ein Ergreifen der Sache geknüpft habe. Es heißt bei ihm (Geist des röm. Rechts Th. II Abth. 2. S. 413 f.): „Obgleich der Besitz seiner ursprünglichen Natur nach ein rein thatsächliches Verhältniß ist, mithin ganz der materialistischen Behandlungsweise anheimzufallen scheint, so findet doch auch hier der Gegensatz des Spiritualismus und des Materialismus Raum genug, sich zu bethätigen, wie eben der Vergleich des älteren und neueren Rechts lehrt. So würde z. B. der Erwerb des Besitzes nach materialistischer Ansicht ein Ergreifen (Apprehension im wörtlichen Sinn) erfordern, und daß auch das ältere Recht dies gethan, und sich nicht, wie das neuere, mit der bloßen Möglichkeit unmittelbarer Einwirkung, namentlich also nicht mit der s. g. traditio longa manu, dem Zeigen und Sehen der Sache, begnügt habe, wird wohl kaum in Zweifel gezogen werden können, wenn man bedenkt, daß sich dies Requisit noch bis in's neuere Recht hinein als formeller Act in dem manu capere der Mancipation erhalten hat.“ Diese Auffassung scheint mir so wenig haltbar, wie die Baron's betreffs der Immobilien (vgl. oben § 47). Eine historische Entwickelung des Besitzbegriffs aus dem Materialistischen in das Spiritualistische in der Art, daß die Entwickelung mit dem Erforderniß des Ergreifens oder Betretens zum Besitzerwerb begonnen habe, scheint mir durchaus abgewiesen werden zu müssen. Sollten wirklich die Römer zu irgend einer Zeit daran gezweifelt haben, daß der, vor dem ein Anderer eine bewegliche Sache hinlegt, um ihn zum Besitzer zu machen, oder der mit dem Tradenten vor dem Acker oder der Wiese, dem Object der Tradition, steht, nicht damit allein schon, den consensus der Betheiligten und seine Aeußerung vorausgesetzt, den Besitz erwerbe? Daraus, daß bei der mancipatio ein manu capere stattfand, folgt nichts. Die Ergreifung der Sache ist ein besonders drastischer Ausdruck des Herrseinwollens. Daraus erklärt sich die Verwendung bei der mancipatio. Sie wird auch immer der am häufigsten vorkommende Act der Besitzergreifung für Mobilien bleiben. Sie ist aber gewiß niemals der einzige gewesen.

Prämissen für weitere Consequenzen. Man kam zu Rechtssätzen, die man als Anwendung der Ideen, welche man in jenen Fictionen zu erkennen meinte, ansah, zu Rechtssätzen, die, wie es in der Natur der Sache lag, mit dem Rechtsgedanken, der die Entscheidungen der römischen Juristen beherrschte, sich nicht mehr vertrugen.

In diesen Rechtssätzen gewann wiederum der Gedanke Raum, den ich oben (im § 36) als den dem Besitzschutz zum Grunde liegenden bezeichnet habe. Das Recht zu besitzen, auf dessen Schutz der Besitzschutz abzielt, wurde auch da, wo es sich um die Frage des Besitzerwerbs handelte, dem Besitz selbst substituirt in der Art, daß der äußere Hergang, der die Person zur Sache in das Verhältniß bringt, daß sie näher ist, die Sache zu haben und zu behalten, als andere Personen, als Besitzerwerb aufgefaßt wurde, wenn gleich eine possessio im römischen Sinne damit nicht hergestellt war.

Hier zeigt sich wieder der Begriff der Gewere wirksam. Die neueren Germanisten, namentlich Laband und Heusler, haben zwar im Gegensatz zu Albrecht und auch zu Stobbe die Annahme einer „juristischen, ideellen" Gewere bekämpft, und die Meinung vertheidigt, daß unter Gewere niemals das Recht zum Besitz, sondern immer nur der Besitz selbst verstanden worden sei.[1]) Aber dieser deutsche „Besitz" Laband's und Heusler's ist von der römischen possessio doch recht weit entfernt. Er hat des „Juristischen und Ideellen" so viel an sich und ist von dem Requisite der realen Macht der Person über die Sache so abgelöst, daß innerhalb des Begriffs der Gewere Raum genug bleibt, um die römische possessio, daneben aber auch ein blos juristisches, nicht reales Machtverhältniß der Person zur Sache, ein von bestimmten Voraussetzungen abhängiges Recht zum Besitz, in demselben unter zu bringen. Jene Identification

[1]) Laband, die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters S. 158—166 und Pözl Vierteljahrsschr. Bd. 15 XV.; Heusler, die Gewere S. 114 ff. — Stobbe, der in Ersch und Gruber's Encyclopädie I. Section Thl. 65. S. 448 ff. die Gewere an Immobilien auch im Sinne von Besitzrecht, nicht blos im Sinne von Besitz auffaßt, bemerkt im Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. 2. Abth. 1. S. 12 Note 7, daß die mittelalterlichen Quellen in nicht genauer Diction das Wort „Gewere" auch brauchen, wo es sich nicht um das Factum des Besitzes, sondern um das Recht zu besitzen handele, — man habe öfter von Besitz gesprochen und in der That das Recht gemeint.

der Gewere mit dem Besitz verlangt, daß der Begriff des Besitzes in dem weiteren Sinne aufgefaßt werde, den zuerst die Italiener des Mittelalters mit ihm verbunden haben.

Es mag richtig sein, daß durch die bloße Auflassung und durch das bloße gerichtliche Urtheil eine Gewere nicht hat entstehen können. Aber dem Acte, welcher daneben üblich gewesen ist, um die Gewere für den, welchem sie hat übertragen werden sollen, zu begründen, ist diese Rechtswirkung beigelegt worden, auch wenn der Act gar keine Aehnlichkeit mit dem römischen Acte der Apprehension gehabt hat. Besonders klar macht dies der Verlauf der Vollstreckung eines vom Reichshofrath im Processe des Grafen Johann von Avesne gegen den Grafen Guido von Flandern um den Besitz von Flandern gesprochenen Urtheils. Der mit der Vollstreckung beauftragte Bischof Ingram von Camerik berichtet, daß er den Bevollmächtigten des Klägers in die possessio corporalis des Landes eingesetzt habe. Und doch war der Beklagte weder vorher aus dem Besitz des Landes gewichen, noch wich er in Folge dieser Urtheilsvollstreckung. Er behielt seine possessio trotz der Einsetzung des Klägers in die possessio corporalis. Darauf wurde gegen ihn die Acht erkannt und dabei ausgesprochen, es sei ihm Beistand zu leisten, ut dictarum terrarum possessionem, quam per iuris executionem iam habet liberam et vacuam, amoto quolibet detentore et specialiter Guidone comite Flandriae nancisci valeat [1]).

Aehnlich verhält es sich mit dem sogenannten Traditionsacte, mit dessen Vornahme die Gewere übertragen wurde. Nicht die Sache brauchte tradirt zu werden, die Tradition eines Symbols der Sache genügte, um den „deutschen Besitz", die Gewere, die in den Rechtsquellen ebenfalls possessio genannt wird, übergehen zu lassen. Ich erwähne folgenden Ausspruch Innocenz' IV: consuetudo erat obtenta contradictorio, quod quando aliquis sub forma scotationis aliquid dat, non solum donare intelligitur, sed etiam possessionem tradere —. nec mireris, quod ex consuetudine aliquis fiat possessor sine apprehensione, sed enim possessio habet plurimum iuris — hoc habes per scotationem tradi possessionem [2]). Hier zeigt sich deutschrechtliche Auffassung im römischrechtlichen Gewande, und zwar ganz unabhängig von der im nächsten § darzulegenden, an den In-

[1]) Franklin das Reichshofgericht im M. A. Bd. 1 S. 152 ff.
[2]) Comment. in decretal. lib. I tit. 4 cap. 2.

halt der römischen Rechtsbücher unmittelbar anknüpfenden Theorie von der symbolischen Tradition.

Auch gegen die sogenannte Erbengewere, die wir in der possessio civilissima der Italiener verkleidet wieder finden, ist Laband aufgetreten. Heusler erkennt eine Erbengewere wenigstens in der Art an, daß er annimmt, der Erbe habe, wie der in wirklichem Besitz stehende, die Gewere an den Nachlaßobjecten so lange, als kein Anderer daran Besitz ergriffen habe, und diese Gewere beruhe darauf, daß die Sache unangetastet im Nachlasse sich befinde[1]). Laband dagegen meint, die Annahme einer Erbengewere beruhe auf unrichtiger Auffassung des Rechtssatzes, daß der Erbe den Besitz an allen Nachlaßgegenständen, welche thatsächlich seiner Disposition unterworfen seien, erwerbe, ohne daß er an ihnen eine besondere Besitzergreifung vorzunehmen brauche[2]). Die von Laband vorgeführten Argumente halte ich nicht für durchschlagend. Die im Sachsenspiegel (I. 22 §. 1) durch Rücksicht auf die Wittwe gebotene Beschränkung der Gewalt des Erben bis zum dreißigsten Tage vom Todestage des Erblasses ab und das der Wittwe in der „Blume von Magdeburg" (I. 14) eingeräumte Retentionsrecht am Erbgute bis zu ihrer Befriedigung wegen der Morgengabe scheinen mir gegen die Erbengewere nicht zu sprechen. Ebensowenig der Umstand, daß eine Erbengewere der Wittwe gegenüber, die in der Leibzucht sitzt, nicht in Frage kommt. Auch ist es richtig, daß bei einem Streit über das Erbrecht demjenigen Prätendenten, der das Erbgut in Nutz und Gelde hat, die Gewere beizulegen ist, und daß überall, wo die Sache in den Besitz eines Anderen übergegangen ist, der das Erbrecht oder die Zugehörigkeit der Sache zum Nachlaß bestreitet, eine Erbengewere nicht wirksam werden kann. Dennoch scheint mir die Erbengewere nicht mit dem „factischen Besitz" an der Nachlaßsache identificirt werden zu können. Es bleibt trotz jener Beschränkungen noch Raum übrig, um in ihren Grenzen neben dem factischen Besitz des Erben an Nachlaßsachen auch eine blos juristische Macht des Erben über die Nachlaßsachen zu placiren. Als solche blos juristische Macht wird die Erbengewere gegen den wirksam, der ohne ein Erbrecht oder ein anderes, den Erben vom Besitz ausschließendes Recht,

---

[1]) a. a. O. S. 182.

[2]) Pözl Vierteljahresschrift Bd. 15. S. 398 ff.

wie ein solches die Wittwe unter bestimmten Voraussetzungen hat, Nachlaßsachen sich aneignet, bevor dieselben in den Besitz des Erben gelangt sind. Die Erbengewere ist zwar eine possessio, aber keine im Sinne der römischen Juristen, sondern eine solche im Sinne von Bartolus, Ripa, Zasius, Menochi, Schneidewin[1]), eine possessio, welche allein iuris ministerio absque ulla apprehensione erworben wird.

§ 51. b. Die Tradition durch Uebergabe von Symbolen.

Die Lehre von der symbolischen Tradition knüpft an die l. 74 de contr. empt. und die l. 1 § 21 de poss. an, in welchen Stellen von der Tradition durch Uebergabe der Schlüssel des verschlossenen Raumes, in dem sich die Sache befindet, die Rede ist. Irnerius sieht die Schlüssel als adminiculum custodiae an[2]). In der accursischen Glosse wird auf die Uebergabe der Schlüssel apud horrea in der Art Gewicht gelegt, daß der Besitzerwerb unter denselben Gesichtspunkt, wie der Besitzerwerb an dem fundus, den der Tradent dem Erwerber ex turre zeigt (l. 18 § 2 de poss.) gebracht, also eine apprehensio per visum angenommen wird[3]). Diese Auffassung hat noch Mascard[4]). Andere, wie Gratian und Postius verlangen, daß die Schlüssel in der Nähe, wenn auch nicht in conspectu des Gebäudes übergeben werden.[5])

Die Schlüssel sah man als Symbole der Sache selbst an. Schneidewin bemerkt darüber: Juris fictione res ipsae traditae censentur propter facilem aperiendi et apprehendendi facultatem.[6]) Damit steht in Verbindung, daß die Schlüssel nicht blos als Symbole der im Gebäude verschlossenen Waaren galten, sondern auch als Symbol des Gebäudes selbst an die Stelle dieses letzteren bei dem Traditionsact traten. Die quellenmäßige Begründung dieser Anwendung wurde darin gefunden, daß in der l. 3 § 1 de poss. das Betreten einer pars fundi für genügend zum Besitzerwerbe am fundus

[1]) Vgl. oben S. 141 f. S. 160 f.

[2]) Savigny Besitz S. 224 Note 1.

[3]) Gl. horrea zu l. 74 de contr. empt. Vgl. oben S. 230 Note 1.

[4]) Conclus. 248. 1190 Nro. 18.

[5]) Gratian. disc. cap. 503 Nro. 2 seq., Post. tract. de manut. obs. 22. Nro. 29.

[6]) Comment. in institut. § 5 de interd. Nro. 113.

erklärt wird. Die Schlüssel sah man als pars aedium an. Daher beseitigten die meisten derjenigen Juristen, welche das apud horrea bei der Tradition der Waare festhielten, dies Requisit, wenn die Tradition des Gebäudes selbst in Frage stand.[1])

Die Schlüssel wurden als Beispiele anderer Symbole aufgefaßt. So vertraten Sattel und Zaum bei der Tradition das Pferd.[2]) Nahe lag es, auch die bei der Investitur üblichen Symbole, Ring und Stab, Fahne, Hut u. dgl. mit den Schlüsseln zusammenzustellen. Man war hierzu um so mehr veranlaßt, als auf dem Boden des germanischen Rechts das Bedürfniß hervortrat, den Act, mit welchem das dingliche Recht erworben wurde, die Investitur, mit dem Acte, der nach römischem Recht die gleiche Wirkung hatte, der Tradition, in Verbindung zu bringen. Die Investitur wurde als fingirte Tradition aufgefaßt. War nämlich bei der Investitur die Absicht der Betheiligten darauf gerichtet, daß der Investirte sofort die dem eingeräumten Recht entsprechende Macht erhielt, so wurde derselbe Besitzer, sofern die Sache nicht in fremdem Besitz war. Dies hatte die praktische Bedeutung, daß dem Investirten gegen den Investirenden die Besitzklagen gegeben wurden. Mit der Investitur war sein Besitz bewiesen. Im Streit mit Anderen reichte dieselbe zum Beweise des Besitzes nicht hin. Sie konnte aber als adminiculum iuris zur Coloratur und Justification des Besitzes dienen. Diese Auffassung findet sich namentlich bei Postius.[3]) Schneidewin drückt sich reservirter aus. Ensis — annulus etc. nihil commune habent cum bonis feudalibus. Aber der Investirte erlangt doch die potestas et licentia propria auctoritate ingrediendi et apprehendendi corporalem possessionem rei.[4]) Carpzov und Pufendorf lassen durch die investitura abusiva, d. i. diejenige, die nicht Angesichts

---

[1]) Mascard. concl. 1190. Nro. 5. 18., Gratian. l. c. Post. obs. 22. Nro. 8. seq. 26. 27.

[2]) Post. l. c. Nro. 4.

[3]) Tr. de manut. obs. 24. Vgl. Tiraquell de iure constit. p. 3 limit. 1; Menochi comment. de ret. poss. rem. III Nro. 571. — Bei Matth. de Afflictis († 1510) findet sich die Ansicht, daß die investitura verbalis, wenn der König sie vornimmt, die possessio überträgt. Denn verbum regis habetur pro lege (decis. 299 Nro. 24) d. h. wenn der König bestimmt, daß der Investirte Besitzer werde, so wird er es damit, ebenso wie das Gesetz eine Apprehension fingiren kann, wo keine ist.

[4]) l. c. Nro. 123. 124.

der Sache erfolgt, zwar das ius in re, aber nicht die possessio auf den Investirten übergehen.[1]) Bei Cludius und Schilter tritt die römischrechtliche Bedeutung der Tradition völlig in den Hintergrund. Bei dem ersteren heißt es: Potest etiam per investituram possessio tradi, tanquam per actum fictae traditionis. — Et annulus cum manu et verbis principis sive domini feudi est imago verae possessionis et traditionis ipsius, ideoque si dicat, per nostrum annulum te investimus, possessio dicitur translata. — recte traditur, non esse magnum discrimen inter traditionem possessionis, quae clavibus, et eam, quae per annuli, ensis vel byreti dationem fit. Et quamvis non desint, qui id ipsum obtinere volunt, si in conspectu rei traditio clavium vel annuli, ensis, pilei sive alterius signi corporalis fiat, tamen verior est sententia existimantium minime necessarium esse, ut in conspectu rei id ipsum peragatur.[2])

Selbst in der heutigen Judicatur ist das Requisit des „apud horrea" noch nicht wieder vollständig durchgedrungen. Das Urtheil des O.A.G. Dresden vom 7. März 1849 hat angenommen, daß die Uebergabe von Jahrmarktbuden, die in einem verschlossenen Schuppen aufbewahrt worden, durch die an einem anderen Orte geschehene Aushändigung der Schlüssel des Schuppens in ausreichender Weise erfolgt sei, indem es bemerkt: „daß in einem solchen Falle die Aushändigung der Schlüssel in der Nähe des Behältnisses geschehen müsse, ist nirgends vorgeschrieben."[3])

Daß auch Ihering der Auffassung von Cludius und Schilter nicht fern steht, kann bei der von ihm der Apprehension gegenüber eingenommenen Stellung nicht auffallen. In der symbolischen Tradition findet er eine Fortbildung des Besitzbegriffs. Er fügt bei: „Was macht es denn für einen Unterschied, ob ich die Schlüssel zum Hause oder zum Gewölbe in unmittelbarer Nähe oder in einiger Entfernung von demselben ausgeliefert bekomme?"[4]) In diesen Bemerkungen tritt die Signatur der Ihering'schen Auffassung des Besitzes überhaupt zu Tage. Es liegt in dieser Auffassung gegenüber dem Sichbescheiden Savigny's ein Hinausdrängen über das

---

[1]) Carpzov disput. feud. VI. § 4; Pufendorf obs. 2.

[2]) Clud. res quotid. cap. 3 Nro. 86. 97. 127. 128; Schilter prax. iur. Rom. in foro German. exercit. 45 §§ 43. 45.

[3]) S. A. Bd. 3. Nro. 5.

[4]) Grund des Besitzschutzes S. 207.

römische Recht, in dem nun einmal die Rechtsgedanken, die Ihering in ihm sucht, zur freien Entfaltung nicht gekommen sind. Und insofern ist der Standpunkt Ihering's von dem der Glossatoren und Commentatoren nicht wesentlich entfernt.

§ 52. c. Tradition durch Uebergabe der Erwerbungsurkunden.

Die erste Spur der Rechtsanschauung, nach welcher die Einhändigung der Urkunden die Bedeutung der Tradition der Sache hat, als deren dominus der Besitzer der Urkunden sich durch die letzteren legitimiren kann, ist in der c. 1 de donat. enthalten: Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intellegis. et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere.

Man hat die Stelle durch Annahme eines Constitutums, durch die Supposition der Anwesenheit der Sclaven bei dem Acte der Schenkung und der Uebergabe der Urkunden, durch Annahme eines Eigenthumserwerbes ohne Besitzerwerb, durch Annahme eines singulären Rechts für die Tradition von Sclaven zu erklären gesucht [1]).

Die erste dieser Meinungen kann darum nicht bestehen, weil sie das Constitutum über die Bedeutung, die es in den römischen Rechtsquellen hat, weit hinausdrängt. Der zweiten Auffassung steht entgegen, daß die der Tradition der **Urkunden** beigelegte Wichtigkeit damit nicht erklärt wird, und daß das Rescript überaus mangelhaft formulirt sein würde, wenn in demselben nichts zu finden wäre, als die Besprechung eines regelmäßigen, re praesenti erfolgten Traditionsactes. Mir erscheint die Formulirung des Rescripts nicht anders erklärt werden zu können, als mit der Unterstellung grade der Abwesenheit der Sclaven an einem dritten Orte. Wären sie bei dem Schenker und blieben sie nach der Schenkung und der Uebergabe der Urkunden bei demselben, so würde über die Schwierigkeit einer Tradition durch bloße Willenseinigung ohne das Hervortreten eines äußeren Actes, der die possessio zu einer vacua zu machen und dem Besitzwillen des Beschenkten Raum zu geben geeignet wäre, nicht hinwegzukommen sein. So aber hat die Aushändigung der Urkunden an den Be-

---

[1]) Vgl. **Savigny** Besitz S. 220. 221 Note 1 und 2, ferner **Lenz** Studien und Kritiken S. 176 f. und **Lenz** Besitz S. 203 Note 1, auch **Baron** Jahrb. f. Dogm. Bd. 7. III S. 60—68.

schenkten die Bedeutung, daß sie an Stelle eines in Gegenwart der Sclaven ertheilten mündlichen Befehls des Schenkers an die Sclaven, den Beschenkten fortan als ihren Herrn anzusehen, dazu dienen soll, den an einem dritten Orte sich aufhaltenden Sclaven von dem Wechsel des Herrn Kenntniß zu geben, und damit die Macht über die Sclaven auf den neuen Herrn zu übertragen. Mit dem in Rede stehenden Acte macht der Schenker die possessio zu einer vacua und verschafft dem Beschenkten die Möglichkeit der Realisirung des Besitzwillens. Es geschieht von Seite des Schenkers alles, was bei der Gelegenheit des Falles, d. h. mit Rücksicht auf die nicht zur Stelle befindlichen Sclaven, geschehen kann, damit der Beschenkte den Besitz erwerbe. Die Schenkung gilt daher dem Schenker gegenüber, der die nachmals zu ihm zurückgekehrten Sclaven, weil ihm die Schenkung leid thut, unter Berufung auf die lex Cincia nicht herausgeben will, als durch Uebergabe vollzogen, und dem Beschenkten ist die actio in rem gegen den Schenker gegeben. Consequenter Weise muß dem Beschenkten, wenn er den größten Theil des letzten Jahres über im Besitz der Urkunden sich befunden hat, auch das interdictum utrubi gegen den Schenker zugestanden haben, da eine durch Tradition vollzogene Schenkung gegen die lex Cincia nur dann geschützt ist, wenn der Beschenkte sich mit dem geeigneten i. retinendae possessionis dem Schenker gegenüber im Besitz der Sache zu behaupten vermag. Mit der Annahme eines Eigenthumserwerbes ohne Besitz läßt sich daher die getroffene Entscheidung nicht erklären. Man ist vielmehr genöthigt, den Besitz der Sclaven als mit der Uebergabe der Legitimationsurkunden und der gleichzeitigen Erklärung des Tradenten, daß er die possessio der Sclaven zu Gunsten des Empfängers zu einer vacua mache, als erworben anzusehen. Der Satz ist um nichts auffallender als andere in den Rechtsbüchern über den Besitz an Sclaven enthaltene Rechtssätze. Ist dem Besitzwillen die Kraft beigelegt, daß durch ihn der dominus seinen Besitz an einem servus fugitivus retiniren kann, so ist es auch nicht begriffswidrig, den Uebergang des Besitzes an einem abwesenden Sclaven von dem Schenker auf den Beschenkten durch Aufgeben des retinirten Besitzes zu Gunsten des Beschenkten und durch Tradition der Urkunden, welche den Beschenkten als den neuen Herrn des Sclaven legitimiren, geschehen zu lassen.

Die Späteren sahen in unserem Rescript den Ausdruck eines

Rechtsgedankens, der für den Besitzerwerb an **allen** Sachen gelten sollte. In der accursischen Glosse wird dabei die Analogie der Tradition einer Sache durch Aushändigung der Schlüssel zu Hilfe genommen, und das Requisit der Nähe des verschlossenen Raumes auf die Tradition durch Aushändigung der Urkunden in der Art übertragen, daß auch in dem letzteren Falle ein Besitzerwerb der Sache nur dann stattfinden soll, wenn die Urkunden Angesichts der Sache selbst tradirt werden [1]). Aber das Requisit der Nähe der Sache trat auch hier allmählich zurück. Die Erwerbsurkunden galten als Symbol der Sache selbst. Voraussetzung des Besitzerwerbes war dabei, daß der Tradent der Urkunde selbst im Besitze der Sache war. Ihm gegenüber galt also der Empfänger der Urkunde als Besitzer der Sache. Befand sich ein Dritter im Besitz der Sache, so konnte die Uebergabe der Urkunde dem Empfänger keinen Besitz verschaffen [2]).

§ 53. d. Die Bezeichnung der Sache.

An folgende Stellen knüpft sich die Bedeutung der Bezeichnung der Sache für den Besitzerwerb: l. 1 § 2 de peric. Ulpianus: Si dolium signatum sit ab emptore, Trebatius ait traditum id videri: Labeo contra, quod et verum est: magis enim ne summutetur signari solere, quam ut traditum videatur — und l. 16 (15) § 1 ib. Paulus: Materia empta si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus venditoris: videri autem trabes traditas, quas emptor signasset.

In der ersten Stelle ist vorausgesetzt, daß das verkaufte Faß in einem Raum sich befindet und in demselben verbleibt, über welchen der Verkäufer die ausschließliche Herrschaft hat. Die zweite Stelle hat zur Voraussetzung, daß das verkaufte Bauholz im Freien an einem Orte lagert, der dem Verkäufer und dem Käufer gleich

---

[1]) Gl. Et traditis zu c. 1. de donat.

[2]) **Mascard**, conclus. 1191 Nro. 12 verlangt Uebergabe der Urkunden Angesichts der Sache. Anders **Zasius**, comment. ad. l. 3 pr. de poss. Nro. 12; **Gratian**, disc. cap. 910 Nro. 29, cap. 939 Nro. 4. 10.; **Schneidewin**, comment. in § 5 de interd. Nro. 117; **Brunnemann**, comment. in c. 1 de donat. — **Stryk**, dissert. vol. II. disput. 18. cap. 3 Nro. 13 argumentirt, es sei sicherer, in allen Fällen die Gegenwart der Sache zu verlangen, cum semper aliquid naturalitatis requirat possessionis traditio.

zugänglich ist. Im ersten Falle hat die Bezeichnung die Wirkung der Tradition nicht, weil das Kaufsobject unter der ausschließlichen Herrschaft des Verkäufers bleibt. Im zweiten Falle kommt ihr diese Wirkung zu. Sie hat aber auch hier nur die Bedeutung, daß bei der Tradition mehrer Sachen von einer größeren Anzahl Sachen gleicher Art, die sich in der Nähe der zu tradirenden Sachen befinden, die Identität der Objecte festgestellt wird. Ist das ganze Bauholz, welches zusammenliegt, Object der Tradition, so reicht der bloße consensus der Betheiligten zur Tradition hin. Soll nur ein Theil der Balken tradirt werden, so ist ihre räumliche Ausscheidung oder ihre Bezeichnung erforderlich.

Die Späteren hatten für die in diesen Stellen der Bezeichnung beigelegte, beziehungsweise versagte Bedeutung kein Verständniß. Zasius meint, daß die Bezeichnung zwar für feste Gegenstände, aber nicht für Flüssigkeiten ein Mittel der Besitzergreifung sein könne, für die letzteren auch dann nicht, wenn sie in einem festen Körper verschlossen seien. Bei der Auffassung, die sich dahin bildete, daß der Besitz an einer Sache durch deren Bezeichnung ergriffen werden könne, wirkten Verkehrsbedürfnisse und Rechtsanschauungen mit, die auf germanischem Boden selbständig entstanden waren.

Als Eigenthumszeichen diente die Hausmarke. Diese Bedeutung der Bezeichnung erhielt sich im Handelsrecht. Aus der Hausmarke wurde das kaufmännische Zeichen, und es bildete sich die Rechtsanschauung, daß die Waare, die der Käufer mit seinem Handelszeichen versehen, als tradirt galt.[1]) Diese Anschauung ist auch heut noch nicht überwunden. Es wird aber, um sie zu erhalten, versucht, sie mit dem römischen Recht auf andere Weise, als durch Vermittelung der l. 16 (15) § 1 de peric., deren Unverwerthbarkeit erkannt ist, in Einklang zu bringen, nämlich durch ihre Zurückführung auf das constitutum possessorium. Man macht geltend, daß das constitutum, wie jeder andere Vertrag, auch stillschweigend zu Stande kommen könne. Dies geschehe durch das Aufsetzen des Zeichens, dessen Gestattung die stillschweigende Einwilligung des Verkäufers enthalte, Namens des Käufers zu besitzen. An und für sich liege dies

[1]) Vgl. den Aufsatz von Dietzel, das Handelszeichen und die Firma, in den Jahrb. des gem. deutschen Rechts Bd. 4. VIII., wo auch die umfangreiche Literatur über die Bedeutung des Handelszeichens angegeben ist.

freilich nicht darin; wo es aber durch die Sitte eingeführt worden, daß dies als Act der Uebergabe gelte, da müsse es so betrachtet werden.[1]) Von anderer Seite wird ausgeführt, ein constitutum possessorium müsse in der Bezeichnung der gekauften Waare gefunden werden, wenn die Absicht deutlich erkennbar sei, daß die Bezeichnung an die Stelle der körperlichen Besitznahme treten solle. Eine Bezeichnung, welche nur geschehe, um Vertauschung zu verhüten, während die wirkliche Uebergabe nicht verhindert sei und sofort oder doch nach Willkür des Käufers beabsichtigt werde, vertrete also die Stelle der Uebergabe nicht. Anders, wenn die Absicht, daß die Bezeichnung als Uebergabe gelten solle, unverkennbar sei, z. B. wenn ein genus oder ein nur quantitativ bestimmter Theil einer gewissen Partie das Kaufsobject bilde.[2]) Mit der richtig erkannten Bedeutung des Constitutums sind beiderlei Auffassungen jedoch ebenso wenig verträglich, wie sich eine Besitzergreifung durch Bezeichnung in dem Falle der richtig verstandenen l. 16 (15) § 1 de peric. erkennen läßt. Die Versuche, durch Annahme eines Constitutums der Möglichkeit der Besitznahme durch Bezeichnung aufzuhelfen, sind nichts als Symptome einer Rechtsanschauung, welche in den Normen des römischen Rechts eine Befriedigung der Bedürfnisse des Handelsverkehrs in Ansehung der Fragen, in welchem Zeitpunkte das Eigenthum und in welchem die Gefahr der verkauften Sache auf den Käufer übergehe, nicht findet. Liegt ein Uebereinkommen der Contrahenten dahin vor, daß der Verkäufer, der die Sache in seiner Detention behält, dem Käufer gegenüber in die Stellung eines Depositars tritt, so ist freilich an dem Zustandekommen eines Constitutums nicht zu zweifeln. Aber die Bezeichnung der Waare unter Gestattung des Verkäufers hat damit nichts zu thun.[3])

Als Act der Besitzergreifung wird auch das Anschlagen von stehenden Waldbäumen mit dem Forsthammer angesehen. Dieser Traditionsmodus ist durchaus germanischen Ursprungs, weil nach römischem Recht die mit dem Boden verbundene Pflanze keine besondere Sache ist, also auch für sich nicht besessen werden kann. Die Möglichkeit des in Rede stehenden Besitzerwerbes läßt sich schon aus diesem Grunde nach römischem Recht nicht construiren.

---

[1]) Heise, Handelsrecht § 15 S. 29.
[2]) Treitschke, Kaufcontract § 61.
[3]) Vgl. Thöl Handelsrecht § 79.

Die Bezeichnung der Sache hat man auch als Mittel der Besitzergreifung durch Occupation aufgefaßt, indeß mit gleich wenig Glück. Sie kann als Ausdruck dafür in Betracht kommen, daß eine Person ihren Willen in die Sache gelegt habe, als Zeichen dafür, daß ein Besitz an der Sache nur unter Nichtachtung jenes Willens ergriffen werden könne. Sie ist also unter Umständen geeignet, die Besitzergreifung kenntlich zu machen, den Beweis der letzteren zu sichern. Aber sie vermittelt die Besitzergreifung nicht. Der Besitz muß schon erworben sein, wenn der Sache das Zeichen aufgedrückt wird. Daher ist die Auffassung Hegel's unrichtig, der die Besitzergreifung durch Bezeichnung für die vollkommenste von allen erklärt, und dabei ausspricht, daß auch die übrigen Arten der Besitzergreifung mehr oder minder die Wirkung eines Zeichens für Andere, um diese auszuschließen und ihnen zu zeigen, daß eine Person ihren Willen in die Sache gelegt habe, an sich tragen [1]). Die Auffassung ist aber auch darum unwahr, weil die Vorkehrungen, die wir treffen, um uns den Besitz einer Sache zu sichern, häufig und grade da, wo sie recht wirkungsvoll sein sollen, den Zweck haben, uns nicht als Besitzer zu zeigen, unseren Besitz vielmehr den Augen Anderer zu entziehen.

§ 54. e. Besitzergreifung von Pertinenzen und Sachgesammtheiten.

Die Bestimmung in der l. 3 § 1 de poss., nach welcher es zur Besitzergreifung eines fundus genügt, wenn ein Theil des fundus betreten wird, hat sich von den Späteren eine Ausbeutung in der Art gefallen lassen müssen, daß man auf sie den Satz gegründet hat, mit der Besitzergreifung der Hauptsache werde zugleich der Besitz an allen Pertinenzen erworben. Bei Accursius findet sich nur eine spärliche Andeutung des Satzes.[2]) Bei Bartolus ist er schon nahezu entwickelt.[3]) Das beliebte Beispiel, um den Satz zu

[1]) Rechtsphilosophie § 58 Zusatz.

[2]) Gl. quamlibet zu l. 3 § 1 de poss.

[3]) Comment. zu l. 3 pr. § 1 de poss. Das geringe Verständniß, das man der Stelle entgegenbrachte, zeigt sich in der Zusammenstellung des Betretens eines Theils des fundus mit dem Taufacte, da bei diesem nur ein Theil des Körpers mit Wasser benetzt wird. Bartolus fertigt die Analogie mit den Worten ab: quod relinquo Canonistis et Decretalistis. Zasius erörtert die Analogie eingehender mit Rücksicht auf die Häresie der Anabaptisten, die bei der Taufe

illustriren, ist die Ergreifung des Besitzes an einer Burg. Wer an ihr Besitz ergreift, soll auch Besitzer des dazu gehörigen Territoriums und aller Pertinenzen der Burg werden. Limitirt wird der Satz damit, daß auf diejenigen Pertinenzstücke, welche bei der Besitzergreifung an der Hauptsache im Besitz eines Dritten sich befinden, die Apprehension der Hauptsache sich nicht erstreckt.[1])

Aus derselben Quelle wird der Satz hergeleitet, nach welchem an einer Sachgesammtheit[2]) der Besitz damit ergriffen wird, daß der Apprehendent einige Stücke in Besitz nimmt. Auch dieser Satz wird in derselben Weise limitirt, wie der erstere.[3])

§. 55. — 3. Die neueren Codificationen.

a. Preußisches Recht.

Das allgemeine Landrecht nennt Besitzergreifung die äußere Handlung, wodurch die Sache in die Gewalt des Besitzers gelangt, und sieht jede Handlung, welche die Person in den Stand setzt, die Sache zu gebrauchen und darüber zu verfügen, als zur Besitzergreifung hinreichend[4]) an.

Bezeichnend für die Rechtsanschauungen der Redactoren des Landrechts ist Folgendes: Zu den angegebenen Sätzen, welche sich im sogenannten gedruckten Entwurf fast in derselben Fassung, in der sie in das Landrecht aufgenommen sind, vorfinden, wurde monirt, eine jede Handlung, welche animo adprehendendi possessionem geschehe, auch wenn damit nicht der wirkliche Gebrauch der Sache verbunden sein könne, sei als eine förmliche Besitzergreifung anzusehen; ja selbst ein factum a mbiguum und dubium könne nach Leyser, spec. 454 med. 4, als eine solche gelten, wenn eidlich bestärkt werde, daß ein solches factum in der Absicht, Besitz zu ergreifen, geschehen sei.

---

den ganzen Körper in Wasser tauchen. (comment. zu l. 3 pr. § 1 de poss. Nro. 22—24.)

[1]) Menoch. de ret. poss. rem. III. Nro. 826, Postius tr. de manut. obs. 73 Nro. 90 seq., Schneidewin comment. in instit. § 5 de interd. Nro. 107, Frider comment. de interd. XXIX Nro. 76 seq., Clud. de reb. quot. cap. 2. Nro. 110 seq.

[2]) Vgl. oben § 45.

[3]) Gratian. discept. cap. 425 Nro. 33, Postius tr. de manut. obs. 73 Nro. 73.

[4]) I. 7. §§ 50. 51.

Goßler wies dies Monitum mit den folgenden Worten zurück: „dies ist eine von den gefährlichsten Spitzfindigkeiten des römischen Rechts. Soll die aus dem Besitze entspringende Vermuthung des Eigenthums nicht schwankend und ungewiß sein, so muß die Erwerbung des Besitzes auf sichere äußere Merkmale eingeschränkt werden." [1]) — Ein Beweis, in welcher Mißgestalt das Recht, das als römisches galt, erschien.

An die obigen allgemeinen Sätze schließen sich eine Reihe von Bestimmungen an, in welchen die Resultate der Rechtsentwickelung, der ich in den letzten §§ nachgegangen bin, niedergelegt sind.

An erster Stelle ist ausgesprochen, daß, wer den Besitz der Hauptsache ergreift, damit zugleich Besitzer aller Pertinenzstücke derselben, und daß, wer in der Absicht, einen Inbegriff von Sachen in Besitz zu nehmen, einzelne Stücke in seine Gewalt nimmt, dadurch Besitzer des Ganzen wird, daß jedoch an den Pertinenzstücken und einzelnen Sachen, die sich zur Zeit der fraglichen Besitzergreifung im wirklichen Besitz, also nicht in der bloßen Detention, eines Dritten befinden, der Besitz besonders erworben werden muß. [2])

Ihre Aufnahme in das Gesetzbuch verdanken die vorgedachten Sätze einem zum sogen. gedruckten Entwurf gestellten Monitum, welches dahin ging, daß der aufgestellte Begriff der Besitzergreifung nur auf einzelne Sachen, nicht auf universitates rerum passe. [3])

Es folgen Bestimmungen über die Besitzergreifung durch Bezeichnung der Sache. An einer in Niemandes Besitz befindlichen Sache soll dadurch Besitz ergriffen werden können, daß die Person die Sache mit solchen Merkmalen versieht, woraus ihre Absicht, die Sache künftig für sich zu gebrauchen, deutlich erhelle. Doch soll die bloße Bezeichnung dem nichts helfen, dem das Vermögen, die Sache in seine Gewalt zu bringen, ermangele. Auch wird der bloßen Bezeichnung die Wirkung der Besitzergreifung versagt, wenn derselben in dem Zeitpunkte, wo sie geschieht, von einem Dritten widersprochen wird. [4])

Diese Vorschriften sind unter Kämpfen entstanden. In dem

---

[1]) Simon u. v. Strampff Materialien S. 233 f.

[2]) A. L. R. I. 7. §§ 53. 54.

[3]) Materialien S. 233.

[4]) A. L. R. I. 7. §§ 55—57

sogen. ersten Entwurf war bestimmt, daß durch Bezeichnung eine Sache in Besitz genommen werden könne, wenn solches ohne Widerspruch eines Anderen geschehe. Der Satz wurde in seiner Allgemeinheit bekämpft. Suarez wies darauf hin, daß ein Unterschied zwischen der res nullius, wie einer neu entdeckten Insel im Weltmeere, und der schon im Besitze eines Anderen befindlichen Sache zu machen wäre. Man beschloß, die Besitzergreifung durch Bezeichnung nur von der res nullius oder derelicta gelten zu lassen. Zum gedruckten Entwurf bemerkte Goßler, daß die schon im Völkerrecht bestrittene Besitzergreifung durch Bezeichnung ein unsicheres Mittel und keiner Aufnahme in ein bürgerliches Gesetzbuch werth wäre. Suarez äußerte sich dahin, daß das Mittel auf Grundstücke beschränkt werden müßte. Beide Monita hatten keinen Erfolg.[1])

Die Uebergabe kann auf vier Arten erfolgen, körperlich, symbolisch, durch Anweisung, durch bloße Willenserklärung.

Die körperliche Uebergabe geschieht aus Hand in Hand, die symbolische durch Zeichen, welche von der einen Seite die Absicht, den Besitz zu erledigen, von der anderen den Willen, ihn zu ergreifen, hinlänglich andeuten. Die symbolische Uebergabe ist nur unter der Voraussetzung wirksam, daß der körperlichen Besitznahme nichts mehr im Wege steht. Als Beispiel symbolischer Uebergabe von Waaren und anderen Gegenständen, die sich in einem verschlossenen Behältnisse befinden, erwähnt das Gesetzbuch die Aushändigung der Schlüssel des Behältnisses. Das Requisit der Nähe des verschlossenen Raumes ist nicht aufgenommen.[2])

Auch diese Sätze wurden mehrfach bekämpft. Goßler sprach sich dahin aus, daß die Lehre von der symbolischen Tradition schon viel Unheil angerichtet hätte. Dafür machte er das römische Recht verantwortlich, indem er den Ursprung der Lehre in dem „ritus mancipationis“ suchte. Von anderer Seite wurde die symbolische Tradition als eine entbehrliche Erdichtung hingestellt, die man sich nur allenfalls bei Immobilien gefallen lassen könnte, die aber für Mobilien nicht paßte. Betreffs des Schlüssels als eines Symbols bemerkte derselbe Monent, der Schlüssel einer Kiste wäre für den, dem er ausgehändigt würde, das Mittel, die Kiste aufzuschließen

---

[1]) Materialien S. 133 f. 234 bis 237.

[2]) A. L. R. I. 7. §§ 58 ff.

und zu gebrauchen, nur dann, wenn der Empfänger die Kiste wirklich in Händen hätte; der Besitz könnte also erst mit der Ueberlieferung der Kiste erworben werden [1]). — Diese Argumente fanden indeß keine Billigung.

Durch Anweisung erfolgt die Uebergabe, wenn der, welcher die Sache im Namen des bisherigen Besitzers inne hat, von demselben angewiesen wird, den Besitz im Namen des neuen Besitzers fortzusetzen. Der Besitz geht auf den Anderen in dem Zeitpunkte über, in welchem er die Anweisung annimmt. Die Benachrichtigung des Inhabers von der Anweisung ist kein Erforderniß des Besitzüberganges. Die Folge der unterbliebenen Benachrichtigung besteht nur darin, daß der Inhaber dem neuen Besitzer nicht eher verantwortlich wird, als bis er die Anweisung in sichere Erfahrung gebracht hat [2]).

Die Entstehungsgeschichte dieser Sätze ist folgende: Nach den sogen. Klein'schen Materialien sollte die Uebergabe der von einem Dritten detinirten Sache durch Anweisung in dem Zeitpunkte, in welchem die Anweisung dem Detentor bekannt gemacht worden, vollzogen sein. Bei Abwesenheit des Detentors aber sollte die Willenserklärung der Anweisung auch ohne solche Bekanntmachung die Wirkung der Besitzerledigung haben. In dem Kircheisen'schen Entwurf wurde dieser durchaus römischrechtliche Gesichtspunkt zu Gunsten der landrechtlichen Auffassung verlassen, und die letztere in den weiteren Stadien des Gesetzgebungswerks aufrecht erhalten [3]).

Als die Fälle der Uebergabe durch bloße Willenserklärung zählt das Landrecht das constitutum possessorium und die brevi manu traditio auf.

Die Uebergabe durch Anweisung und durch bloße Willenserklärung erfordert die Schriftform, wenn es sich um Grundstücke oder um Objecte von mehr als fünfzig Thalern handelt.

Der symbolischen Uebergabe und der Uebergabe durch Anweisung legt das Landrecht nicht die volle Wirkung der Besitzergreifung bei. Es bestimmt, daß derjenige, dem eine Sache körperlich übergeben worden, in Ansehung der aus dem Besitz entspringenden Rechte den Vorzug vor dem habe, welchem die Uebergabe blos durch Anweisung

---

1) Materialien S. 239—241.

2) A. L. R. I. 7 §§ 66—68.

3) Materialien S. 27. 79. 138 f. 241. f.

oder Zeichen geschehen sei, und daß, wenn Mehre die Uebergabe blos durch Zeichen oder Anweisung erhalten haben, keiner von ihnen gegen den anderen die Rechte des Besitzes ansprechen könne.[1] Diese Sätze wurden Inhalts der Materialien bekämpft, von Goßler aber mit dem Hinweis darauf, daß das Symbolum ein Nichts werde, wenn die Wahrheit fehle, erfolgreich in Schutz genommen.[2])

Eine Reihe von Bestimmungen des Landrechts beziehen sich auf die symbolische Uebergabe einer Sache zum Faustpfande. Ein Pfandrecht im eigentlichen Sinne, d. h. ein Faustpfandrecht im Gegensatz zur Hypothek, die durch Eintragung in das Hypothekenbuch erworben wird, kann nur durch Uebergabe der Sache entstehen. Die Uebergabe muß regelmäßig eine körperliche sein. Ausnahmen läßt das Gesetz bei Seeschiffen und anderen zur Frachtschiffahrt bestimmten Schiffsgefäßen, so wie bei Kaufmannswaaren zu. Hier ist eine symbolische Uebergabe möglich. In Ansehung der Schiffe geschieht dieselbe in der Art, daß die Verpfändung auf dem Beylbriefe und den Urkunden, worauf das Eigenthum des Verpfänders sich gründet, gerichtlich oder notariell vermerkt und eine beglaubigte Abschrift aller dieser Urkunden mit dem Vermerke der Verpfändung dem Pfandnehmer zugestellt wird. In Ansehung der Kaufmannswaaren schreibt das Gesetz verschiedene Symbole vor. Sie wechseln nach der Natur der Waaren und nach der Beschaffenheit der Aufbewahrungsorte der letzteren. Sie sind andere, wenn die Waaren noch auf dem Transporte an den Verpfänder und wenn sie auf dem Transporte von dem Verpfänder an einen Dritten sich befinden. Daneben enthält das Gesetz ein reiches Detail von Vorschriften über die Maßregeln, welche beobachtet werden müssen, damit der Besitz des Pfandnehmers äußerlich erkennbar sei, ein Dritter also ohne eigenes grobes Verschulden nicht annehmen könne, der Verpfänder habe noch seine volle freie Verfügung über die Waaren und deren Besitz. Sind die Maßregeln in der angegebenen Richtung ungenügend, so gilt die Verpfändung nur zwischen den Contrahenten, wirkt aber nicht gegen Dritte. Uebrigens muß der Verpfändungswille bei symbolischer Uebergabe der Sache in allen Fällen schriftlich erklärt sein[3]).

---

[1]) A. L. R. I. 7 §§ 70–75.

[2]) Materialien S. 242.

[3]) A. L. R. I. 20. §§ 7. 271 ff.

§ 56. b. Oesterreichisches Recht.

Das österreichische Gesetzbuch stellt keinen allgemeinen Gesichtspunkt, von dem aus die Erfordernisse des Besitzerwerbes an Sachen in Ansehung der machtvollen Realisirung des Besitzwillens zu beurtheilen sind, auf. Es gibt nur gewisse Arten der Besitzergreifung an, aus denen das allgemeine Princip zu construiren sein würde. Unbewegliche Sachen läßt es durch deren Betretung, Verrainung, Einzäunung, Bezeichnung und Bearbeitung in Besitz genommen werden, bewegliche durch physische Ergreifung, Wegführung und Verwahrung. Dabei bestimmt es, daß durch die unmittelbare, sowie durch die mittelbare eigenmächtige Besitzergreifung der Besitz nur insoweit erworben werde, als die Ergreifung, das Betreten, der Gebrauch, die Bezeichnung, die Verwahrung sich erstrecke, während bei der mittelbaren, d. h. der durch Tradition vermittelten Apprehension der Besitzerwerb sich auf alles erstrecken soll, was der vorige Herr der Sache gehabt und durch deutliche Zeichen übergeben hat, ohne daß es nöthig ist, jeden Theil des Ganzen besonders zu übernehmen. Ueber die Tradition von Immobilien enthält das Gesetzbuch keine besondere Bestimmung, da es zum Eigenthumserwerbe dieser Besitzobjecte nicht die Tradition, sondern die Eintragung des Erwerbungsgeschäftes in die dazu bestimmten öffentlichen Bücher erfordert. Dagegen enthält es eine Reihe von Vorschriften über die Tradition von beweglichen Sachen. Es unterscheidet hier die körperliche Uebergabe von Hand zu Hand, die Uebergabe durch Zeichen, welche gestattet sein soll, wenn das Besitzobject seiner Beschaffenheit nach keine körperliche Uebergabe zuläßt, und die Uebergabe durch Willenserklärung, nämlich das constitutum possessorium und die brevi manu traditio. Als Besitzobjecte, welche zur symbolischen Tradition besonders geeignet sind, werden Frachtgüter, Waarenlager und andere „Gesammtsachen“, als besondere Arten der symbolischen Tradition die Uebergabe der Urkunden, durch welche das Eigenthum dargethan wird, die Einhändigung der Werkzeuge, welche den Uebernehmer in den Stand setzen, ausschließend den Besitz der Sache zu ergreifen, und die Verbindung der Sache mit einem Merkmale, woraus Jedermann deutlich erkennen kann, daß die Sache einem Anderen überlassen worden ist, im Gesetzbuch aufgeführt.[1])

---

[1]) §§ 312. 315. 426 ff.

Neuere Schriftsteller haben darzuthun gesucht, daß die Bestimmungen des österreichischen Gesetzbuchs über die Erfordernisse der Besitzergreifung in ihren praktischen Resultaten vom römischen Recht nur in sehr geringem Umfange abweichen. Randa führt insbesondere aus, daß in der symbolischen Tradition des Gesetzbuchs abgesehen von dem Falle der Tradition durch Uebergabe der Eigenthumsurkunden des Tradenten eine wirkliche Apprehension liege. Von der symbolischen Tradition durch Uebergabe der fraglichen Urkunden aber meint er, daß solche abgesehen von dem Falle gerichtlicher Adjudicationsinstrumente nur da vorkommen könne, wo nicht blos der Erwerb der Sache durch den Tradenten, sondern auch das Eigenthum des Vormanns durch die Urkunden nachweisbar sei, daß dieselbe also nur einen geringen Raum der Anwendung habe.[1]) Gegen diese Ansicht möchte zu erinnern sein, daß der Gesetzgeber unter den Eigenthumsurkunden schwerlich etwas anderes, als die Erwerbsurkunden verstanden hat. Die von Randa aufgestellte Ansicht ist aus dem Bestreben hervorgegangen, das österreichische Recht von nicht römischen und wissenschaftlich nicht qualificirbaren Sätzen zu reinigen, solche Sätze wenigstens praktisch so viel als möglich bedeutungslos zu machen, einem Bestreben, dessen Signatur der neueren österreichischen Jurisprudenz überhaupt aufgedrückt ist.[2])

§ 57. c. Französisches Recht.

Der Code civil zeichnet sich durch die Sparsamkeit seiner Bestimmungen über die Erfordernisse der Besitzergreifung aus. Er enthält nur einige Vorschriften über die dem Veräußerer einer Sache obliegende Verpflichtung, dem Erwerber die Herrschaft über die Sache einzuräumen. Diese Einräumung der Herrschaft, welche das Gesetzbuch délivrance nennt, ist keine Tradition im römischen Sinne. Der Empfänger erhält durch sie kein Recht an der Sache. Das Recht, welches der Andere haben soll, wird demselben schon durch die Willenseinigung der Betheiligten erworben. Zur délivrance aber ist der Veräußerer verpflichtet, damit die rechtliche Herrschaft, die der Erwerber dem Vertrage gemäß über die Sache haben soll, zu einer realen werde. Ist ein Gebäude Object der Veräußerung, so

[1]) Besitz nach österr. Recht S. 125 ff.

[2]) Vgl. namentlich Exner, Rechtserwerb durch Tradition S. 166 ff.

hat der Veräußerer seiner Verbindlichkeit zur délivrance genügt, wenn er dem Erwerber die Schlüssel zum Gebäude übergibt. Handelt es sich um eine andere unbewegliche Sache, so ist der Veräußerer seiner Verbindlichkeit nachgekommen, wenn er dem Erwerber die Urkunden über das Eigenthum ausantwortet. Diese Vorschriften enthalten selbstverständlich nur das Minimum der Verpflichtungen des Veräußerers. Als Arten der délivrance beweglicher Sachen werden aufgeführt die reale Tradition, die Uebergabe der Schlüssel des Gebäudes, in welchem die Sache sich befindet und die gegenseitige Einwilligung der Interessenten, wenn beim Abschluß des Veräußerungsvertrages die Fortschaffung der Sache nicht alsbald thunlich erscheint, oder wenn der Erwerber die Sache schon aus einem anderen Rechtsgrunde in seiner Gewahrsam hat.[1])

§ 58. d. Sächsisches Gesetzbuch.

Das sächsische Gesetzbuch reproducirt das römische Recht. Zum Besitzerwerbe wird erfordert, daß der Erwerbende in ein solches Verhältniß zur Sache tritt, vermöge dessen er beliebig auf dieselbe einwirken kann. Dies Verhältniß kann durch einseitige Handlungen, sowie durch Uebergabe hergestellt werden. Für unbewegliche Sachen werden als dergleichen einseitige Handlungen die Verrainung, Einzäunung, Bestellung, Benutzung und das Betreten, für bewegliche die Ansichnahme und die Bewahrung beispielsweise im Gesetzbuche aufgezählt. Zur Tradition gehört, daß der Erwerber mit Einwilligung des bisherigen Besitzers den Besitz ergreift. Die Uebergabe einer unbeweglichen Sache geschieht, indem der bisherige Besitzer denjenigen, welcher den Besitz erwerben soll, in dieselbe einführt oder ihm die Sache in der Nähe zeigt. Die Tradition einer beweglichen Sache findet statt, wenn der Besitzer dem Anderen die Sache einhändigt oder sie vor demselben mit dessen Einwilligung hinlegt oder die Schlüssel zu dem Behältnisse, in welchem sie sich befindet, in der Nähe des Behältnisses übergibt. Daneben erwähnt das Gesetzbuch die brevi manu traditio, das constitutum possessorium und die Uebergabe durch Anweisung. Wenn nämlich ein Dritter die Sache für den bisherigen Besitzer detinirt, so erfordert es zum Uebergange des Besitzes auf den Erwerber der Sache, daß zu dem den Uebergang des Besitzes bezweckenden

[1]) C. c. Art. 1604 suiv.

Rechtsgeschäfte die von dem Besitzer an den Dritten zu ertheilende Anweisung, die Inhabung für den Erwerber fortzusetzen, hinzukomme.[1])

§ 59. — 4. Schlußbemerkung.

Um den Gedanken, der in den späteren Rechtsbildungen Ausdruck erhalten hat, und den ich oben im § 50 fixirt habe, nachzuweisen, hat es eines näheren Eingehens auf jene Rechtsbildungen bedurft. Ohne die Erkenntniß der ihnen zum Grunde liegenden Idee ist ein Verständniß des heutigen Rechtszustandes nicht wohl möglich. Nicht blos die codificirten Particularrechte stehen unter dem Einfluß jenes Grundgedankens. Der letztere ist bis auf die neueste Zeit selbst von der gemeinrechtlichen Judicatur noch nicht vollständig überwunden. Einen besonders eclatanten Belag enthält folgende in den Entscheidungsgründen des (vorm.) O.A.G. Berlin vom 22. September 1871[2]) enthaltene Ausführung: „Als Consequenz der kurh. Verordn. vom 17. Juni 1828 und der dadurch erfolgten Beseitigung der Tradition als Voraussetzung des Eigenthumserwerbes ergibt sich, daß der freiwillige Veräußerer eines Grundstücks, welches sich in dessen Besitz befindet, durch den Abschluß und die Unterschreibung des zur gerichtlichen Bestätigung gelangten Vertrages einwilligt, daß ebenso wie sein Eigenthum auch der Besitz auf den neuen Erwerber übergeht, und daß dieser Uebergang durch die gerichtliche Bestätigung ohne das Hinzutreten besonderer körperlicher Traditionshandlungen sich vollzieht". Also wenn Eigenthumserwerb ohne Besitzergreifung stattfindet, soll auch der Besitz ohne Besitzergreifung erworben sein. Die Ausführung paßt in den Gedankenkreis von Innocenz IV, Gratian, Zasius, Schneidewin, Cludius, Schilter und Brunnemann. Dagegen würden schon Carpzov, Stryk und Pufendorf die Entscheidungsgründe sich nicht anzueignen vermocht haben.

Auch neuere Theoretiker suchen den in Rede stehenden Satz als einen berechtigten darzustellen. So fordert Ziebarth, mit dessen in der Schrift: „die Realexecution und die Obligation" niedergelegten Ansichten über Besitz und Besitzschutz ich mich in vielen

---

[1]) §§ 194. 196. 198 bis 201.

[2]) Entsch. der ob. Gerichtsh. Preußens, zusammengestellt von Fenner und Mecke, 3. Jahrg. Nr. 6.

Punkten einverstanden erklären kann, in seiner späteren Schrift: „die Reform des Grundbuchrechts"[1]) mit Bezug auf das neue preußische Grundbuchrecht den Rechtssatz, daß mit der Eintragung des Eigenthümers auch der Besitz übergehe. Dies Postulat steht auf gleichem Boden mit der allegirten Entscheidung des Berliner O.A.Gerichts. Die Auffassung von Seitz[2]) dürfte ebenfalls hierher gehören. Seitz faßt den Gegensatz der römischen possessio und des heutigen Besitzes dahin auf, daß die erstere Eigenthum nach ius gentium gewesen,[3]) während das heimische Gewohnheitsrecht des Besitzes zwar unter der Hülle des römischen Sachenrechts der possessio groß gewachsen sei, aber doch als ein von der römischen possessio verschiedenes dingliches Besitzrecht an Sachen erscheine. Von diesem Gesichtspunkt aus ordnet er die Frage, ob ein Besitz vorhanden sei, nach heutigem Recht der causa oder dem Titel zu besitzen unter, und bestimmt nach der Dauer dieser causa auch die Dauer des dinglichen Besitzrechts an sich und die Zulassung eines Uebergangs auf die Erben.[4])

Ueber alle diese Auffassungen, welche einen Besitzerwerb ohne gleichzeitigen Erwerb der realen Macht über die Sache stattfinden lassen, scheint mir der Stab gebrochen werden zu müssen. Man mag den Erwerb des subjectiven Rechts von dem Besitzerwerb unabhängig machen, dem Besitzerwerb also die ökonomische Bedeutung, die er bisher für den Rechtserwerb gehabt hat, nehmen, so weit dies angeht. Wo man jedoch dem Besitzerwerb ökonomische Bedeutung beilegen muß, da lasse man ihn auch nicht anders, als bei realer Unterwerfung der Sache unter den Willen der Person stattfinden. Ueberall, wo der Besitzerwerb als solcher in Frage kommt, ist jede Abweichung vom römischen Recht ein Irrweg. Die Entscheidungen der römischen Juristen über die Erfordernisse der Apprehension sind mit so bewundernswerth richtigem Tacte getroffen, daß es unmöglich sein würde, ein Besseres an ihre Stelle zu setzen. Damit will ich nicht sagen, daß in ein Gesetzbuch der heutigen

[1]) S. 15 ff.

[2]) Zur Kritik der heutigen Negatorien- und Confessorienklage. Jena 1873. S. 139—154.

[3]) Darüber, wie er sich mit dem sogenannten Räuberargument abfinden will, spricht sich Seitz nicht aus.

[4]) a. a. O. S 140. 145. 147.

Zeit detaillirte Bestimmungen, wie wir sie im corpus iuris finden, über die verschiedenen möglichen Arten der Apprehension gehören. — Wie ich mir die zukünftige ökonomische Verwendung des Besitzes im Recht denke, darüber kann ich mich erst am Schluß dieses Kapitels äußern.

III. Besitzerwerb durch Mittelspersonen.

A. Römisches Recht.

§ 60. Allgemeines.

Damit der Besitz durch eine Mittelsperson als Repräsentanten dessen, der Besitzer werden soll, in der Art erworben werde, daß die reale Macht des Repräsentanten über die Sache die Stelle der unmittelbaren Macht des Erwerbers über die Sache vertritt, ist regelmäßig erforderlich: 1) der Wille des Repräsentanten, für den Repräsentirten Besitz zu erwerben, 2) der Wille des Repräsentirten, durch den Repräsentanten Besitz zu erwerben, 3) ein Rechtsverhältniß zwischen beiden Personen, als Medium jener beiden Willensrichtungen, durch welches der durch den Repräsentanten ausgeübten realen Macht über die Sache die Wirkung des Besitzerwerbes für den Repräsentirten verschafft wird.

Vom Repräsentanten ist die Person, deren sich der Erwerber als eines bloßen Werkzeugs bedient, zu unterscheiden. Eine solche Person braucht nicht willensfähig zu sein. Zwischen dem Werkzeuge und dem Repräsentanten in der Mitte steht der Gehilfe, von dem sich der Erwerber bestimmte Dienste behufs der Besitzergreifung leisten läßt. Der Gehilfe braucht nur den Willen zu haben, die Dienste, zu denen er aufgerufen wird, zu leisten. Verschieden vom Repräsentanten ist endlich auch der Ersatzmann, d. i. derjenige, der den Besitz für sich erwirbt, der aber vermöge eines zwischen ihm und einem Anderen bestehenden obligatorischen Bandes verpflichtet ist, demnächst jenen Anderen zum Besitzer zu machen.

§. 61. Wille des Repräsentanten.

1. Der Repräsentant muß natürliche Willensfähigkeit haben. Der Besitzerwerb durch ihn ist unabhängig von der für ihn vorhandenen Möglichkeit, für sich selbst Besitz zu erwerben. Ein von Natur

Willensunfähiger kann immer nur Werkzeug sein. Indem er die Sache festhält, deren wir uns bemächtigen wollen, steht er mit dem Besitzerwerb auf gleicher Stufe mit dem Jagdhunde, der das von uns angeschossene Wild gefaßt, und mit dem Netze, in dem sich das Thier, dessen Fang wir beabsichtigen, verstrickt hat. Wer sich eines Werkzeugs bedient, muß, wenn Besitzerwerb stattfinden soll, selbst die unmittelbare Macht über die Sache erlangen.

2. Der Repräsentant muß Besitz erwerben wollen. Er muß sich bewußt sein, daß seine Thätigkeit die Wirkung des Besitzerwerbes haben soll. Hierdurch unterscheidet er sich von dem Gehilfen. Wer bei dem Acte der Besitzergreifung unter unmittelbarer Aufsicht des Besitzerwerbenden, ohne zu einem selbständigen Handeln berufen zu sein, mitwirkt, ist ein bloßes Werkzeug, auf dessen Willen es überall nicht ankommt. Wer dagegen auf Geheiß eines Anderen, der den Besitz einer Sache erwerben will, sich der Sache bemächtigt, sich zum Wächter bei ihr anstellt [1]), sich die Sache aushändigen läßt, dabei aber kein Bewußtsein davon hat, daß durch seine Thätigkeit dem Anderen der Besitz erworben werden soll, dessen Wille also nur darauf gerichtet ist, dem Anderen den bestimmten Dienst, zu dem er aufgerufen wird, zu leisten, vermittelt die Besitzergreifung durch diesen Anderen als dessen Gehilfe; aber er ist nicht Repräsentant desselben für den Act des Besitzerwerbes. Seine Dienstleistungen sind rein factischer Art und stehen in diesem Puncte mit denjenigen eines Menschen, dessen wir uns als eines Werkzeugs bedienen, auf gleicher Stufe. Aber ein solcher selbständig handelnder Gehilfe unterscheidet sich von einem bloßen Werkzeuge darin, daß er, wenn seine Thätigkeit die von dem Herrn beabsichtigte Wirkung nach sich ziehen soll, den Willen haben muß, bei dieser Thätigkeit den Willen seines Herrn auszuführen.

[1]) Der Wächter, von welchem in der l. 51 de poss. die Rede ist, wird von manchen Schriftstellern für einen Stellvertreter gehalten. Er kann dies sein, wenn er sich bewußt ist, daß durch ihn die Besitzergreifung stattfinden soll. Er ist aber kein Repräsentant, wenn er nichts weiter weiß, als daß er den Holzhaufen für den, der ihn abordnet, bewachen soll, oder er ist alsdann doch, wie Brinz, Pandekten 1. Abth. S. 67, gut bemerkt, ein Repräsentant nicht für den Erwerb, sondern nur für die Bewachung. — Ebenso ist die Person, durch welche ich mir ein von einem Bücherverleiher gekauftes Buch abholen lasse, und die das Buch in der Meinung empfängt, daß ich es geliehen erhalte (vgl. Hauser, Stellvertretung im Besitze S. 25) kein Repräsentant für den Besitzerwerb, sondern nur Bote und Gehilfe.

Der Gehilfe, der ausgeschickt wird, um eine bestimmte Sache zu holen oder um die Sache, so lange, bis der Besitzer sie abholt, zu bewachen, ist also das Mittel zur Besitzergreifung nur dann, wenn sein Handeln dem Geheiß dessen entspricht, der sich seiner bedient. Bringt er die Sache, statt nach dessen Willen zu handeln, für sich selbst bei Seite, so erwirbt er für sich den Besitz.

Ist der Wille des Repräsentanten auf eine andere Sache gerichtet, als der des Repräsentirten, so ist die Möglichkeit eines Besitzerwerbes für den letzteren regelmäßig ausgeschlossen. Wenn aber der Repräsentant grade die Sache, welche er erwerben soll, in Besitz nimmt, indem er sie irrthümlich für die hält, von der er fälschlich glaubt, daß er sie für den Repräsentirten erwerben solle, so wird nach der l. 34 § 1 de poss. der Besitz dem Repräsentirten erworben [1]).

3. Der Repräsentant muß ferner den Besitz für den Repräsentirten erwerben wollen, und zwar unmittelbar, ohne daß er selbst erst Besitzer wird. Eine Mittelsperson, welche den Besitz zuerst für sich erwerben will in der Absicht, demnächst den Anderen zum Besitzer zu machen, ist ein Repräsentant dieses Anderen für den Besitzerwerb auch dann nicht, wenn zwischen beiden ein rechtliches Band besteht, welches dem, in dessen Interesse die Mittelsperson handelt, ein Recht auf den Erwerb gibt.[2])

Dem Satze, daß der Besitzerwerb für den Repräsentirten von dem entsprechenden Willen des Repräsentanten abhängig sei, scheint der Ausspruch Ulpian's in der l. 13 de donat.: Qui mihi donatum volebat — si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi adquirit — entgegenzustehen. Savigny findet in der Stelle eine für den Besitzerwerb durch Tradition geltende Ausnahme von der Regel, nach welcher der Repräsentant den Besitz für den Repräsentirten müsse erwerben wollen, damit der letztere

---

[1]) Exner, Rechtserwerb durch Tradition S. 131. Note 22, findet in dem allegirten Fragment eine kaum zu rechtfertigende Singularität zu Gunsten des dominus. Die Consequenz verlangt, wie er meint, die Unwirksamkeit des Actes. Aber es kommt doch zuletzt nur auf die That des Repräsentanten, nicht auf das an, was sich derselbe vorher gedacht und nicht ausgeführt hat.

[2]) Ihering nennt eine solche Mittelsperson „Ersatzmann" (Jahrb. für Dogm. Bd. 1. VII. S. 312 und Bd. 2. S. 70 f.); Scheurl gebraucht dafür den Ausdruck „Zwischenperson, interposita persona" (Jahrb. für Dogm. Bd. 2. S. 20 f.)·

Besitzer werde. Die Absicht des Tradens allein soll entscheiden, der Erwerb des Besitzes immer nach dieser Absicht vor sich gehen.[1] Ueber den inneren Grund dieser Ausnahme gibt er keine Erklärung. Kierulff führt aus, daß der Tradent seinen animus nur zu Gunsten des Repräsentirten aufgebe, und daß aus diesem Grunde, wenn der Repräsentirte den Besitzwillen habe, die körperliche Apprehension der Sache durch den Repräsentanten, ohne daß dessen Absicht, für sich selbst zu erwerben, in Betracht komme, den Repräsentirten zum Besitzer mache.[2] Aber damit wird nicht klar, wie der übereinstimmende Wille des Tradenten und des Repräsentirten die Wirkung haben kann, den dem Besitzerwerbe durch den Repräsentirten widerstrebenden Willen des Repräsentanten, welcher letztere doch für seine Person durch die Tradition thatsächlich Herr der Sache wird, bei Seite zu schieben und einflußlos zu machen. Nach Bremer ist die Stelle nicht von jedem Besitzerwerbe durch Tradition, sondern nur von dem Falle zu verstehen, wenn der empfangende Stellvertreter die ihm für den Repräsentirten übergebene Sache, ohne daß ein Dissens zwischen dem Tradenten, welcher seinen Willen, den Repräsentirten zum Besitzer zu machen, ausgesprochen hat, und dem Empfänger hervortritt, in Empfang nimmt, derselbe aber gleichwohl schon bei der Annahme den Entschluß gefaßt hat, sich die Sache anzueignen. In diesem Falle habe der Empfänger — indem er auf den erklärten Willen des Tradenten, ihm die Sache für den Repräsentirten zu übergeben, eingegangen sei — seinen Willen kundgethan, für den Auftraggeber Besitz zu erwerben. Seine Absicht, sich die Sache anzueignen, stehe dem Besitzerwerbe für den Repräsentirten nicht entgegen. Die rein innere That des Willens solle als dem Rechtsgebiete nicht angehörig keinen Einfluß haben.[3] Bremer stellt also den Besitzerwerb für den Repräsentirten auch im Falle unserer Stelle auf den Willen des Repräsentanten, wie er bei dem Traditionsacte, sei es ausdrücklich, sei es in concludenter Weise, erklärt worden ist. Hiermit ist gewiß das Richtige getroffen. Der Inhalt der Stelle bewegt sich innerhalb der Rechtsconsequenz. Es ist die bei dem Traditionsacte kund gegebene Willenseinigung zwischen dem Tradenten und dem Empfänger,

[1]) Besitz S. 306 Note 3.
[2]) Civilrecht S. 388.
[3]) Linde's Zeitschr. N. F. Bd. 11. S. 249 ff.

welche es hindert, daß die innere Absicht des einen der Betheiligten, die der zu Tage tretenden Willenseinigung widerspricht, von unmittelbarer Wirkung ist. Unbenommen ist dem Repräsentanten, alsbald nach der Besitzergreifung unter den Voraussetzungen des Besitzverlustes an den Repräsentanten für sich selbst den Besitz der tradirten Sache zu erwerben.

Hauser unterscheidet, ob die dem Geschäftswillen nicht entsprechende Absicht des Stellvertreters nur eine innere, der Außenwelt nicht offenbarte geblieben sei, in welchem Falle der Besitz dem Vertretenen erworben sein soll, oder ob der Empfänger auch äußerlich, jedoch ohne Wissen des Uebergebenden, jener Absicht gemäß gehandelt habe, in welchem Falle der Vertretene nicht Besitzer geworden sein könne.[1]) Aber wo bleibt im letzteren Falle das Eigenthum der Sache? Doch nicht bei dem Veräußerer. Denn dieser ist liberirt. Es gilt von ihm das nihil habet quod tradat. Er hat gethan, was er nach dem Willen seines Contrahenten zu thun verpflichtet war. Daß der unredliche Empfänger nicht Eigenthümer werden kann, versteht sich von selbst. Es bleibt nur übrig, daß der Vertretene Eigenthümer wird. Dann aber muß man auch annehmen, daß er Besitzer geworden sei.

Abweichend von den bisher vorgetragenen Auffassungen bringt Ihering die in der Stelle getroffene Entscheidung mit dem von ihm aufgestellten Satze in Verbindung, daß die Wirksamkeit des durch einen Stellvertreter abgeschlossenen Geschäfts für den Principal nicht in der blos subjectiven Absicht des Stellvertreters, sondern in der objectiven Richtung des Geschäfts auf den Principal, in dem Abschluß auf dessen Namen ihren Grund habe.[2]) Aber der aufgestellte Satz ist fehlsam. Es werden unzählige Verträge geschlossen, ohne daß objectiv hervortritt, wer die Sache, die Gegenstand des Vertrages ist, und die auf Grund des Vertrages dem einen Contrahenten tradirt wird, haben soll, Verträge, bei denen der Tradent die Person, welche die Sache haben soll, zu kennen überall kein Interesse hat, und die weder auf den Namen des Empfängers, noch auf den eines Dritten geschlossen werden. Bei der auf Grund solcher Verträge geschehenden Tradition kann der Wille des Empfängers allein das

[1]) Stellvertretung im Besitze S. 20 ff.

[2]) Jahrb. für Dogm. Bd. 1. S. 142. 320.

in Rede stehende Requisit des Besitzerwerbes durch einen Repräsentanten bilden. Aber selbst in dem Falle, wenn der Empfänger dem Tradenten gegenüber in eigenem Namen auftritt, und derselbe auch den der Tradition zum Grunde liegenden Vertrag in eigenem Namen abgeschlossen hat, ist er nicht gehindert, durch seinen Willen allein sofort bei der Empfangnahme der Sache einen Anderen zum Besitzer zu machen.[1]) Daß in den vertragsmäßigen Rechten und Pflichten des Empfängers, der in eigenem Namen aufgetreten ist, durch seinen Willen, bei dem Besitzerwerbe Repräsentant eines Anderen zu sein, nichts geändert werden kann, versteht sich von selbst. Der Tradent hat es überall nur mit dem Empfänger zu thun. Den letzteren aber hindert das Vertragsverhältniß, in dem er zu jenem steht, nicht, den Besitz für einen Anderen zu erwerben. Aus der obigen Stelle ist keine Analogie, welche solchem Besitzerwerbe entgegensteht, zu entnehmen. Inhalts der Stelle wird eine erklärte Willenseinigung zwischen dem Tradenten und dem Empfänger, daß der Repräsentirte Besitzer werde, vorausgesetzt, und nur mit dieser Willenseinigung besteht die Tradition als solche. In dem anderen Falle geht die Willenseinigung in der Tradition der Natur der Sache nach nicht weiter, als dahin, daß der Tradent den Empfänger in die Lage setzt, mit der Sache nach Maßgabe des Vertrages zu schalten. Diese Willenseinigung schließt nicht aus, daß der Empfänger mit der Tradition selbst für einen Dritten Besitz erwirbt.

Streitig ist, wie der obige Ausspruch Ulpian's mit folgendem von Julian herrührenden Fragmente zu vereinigen ist: l. 37 § 6 de acq. rer. dom: Si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur. Von der einen Seite[2]) wird ein Widerstreit zwischen beiden Stellen

---

[1]) Dies nimmt auch Bremer, Linde's Zeitschr. n. F. Bd. 20. II. S. 50, an. A. M. ist Windscheid, Pandekten § 155 Note 7. Nach ihm wird der vom Tradenten Bezeichnete, also der Empfänger, Besitzer. Aber freilich ist derselbe nicht gehindert, sofort den Anderen zum Besitzer zu machen, und er macht ihn wirklich zum Besitzer, wenn er in der That den (ausgesprochenen oder aus den Umständen erkennbaren) Willen hat, für den Anderen zu besitzen. Auch Hauser, Stellvertretung im Besitz S. 16 ff., meint, daß die Willensrichtung des Besitzabtretenden entscheide mit Ausnahme des Falles, wenn für die Besitzabtretung die Person des Erwerbers gleichgültig sei.

[2]) Glück Commentar Bd. 8. S. 118 f.

angenommen, Ulpian aber als dem jüngeren der Vorzug gegeben. Dagegen hat Bremer[1]) mit Recht bemerkt, es liege nichts für die Annahme vor, daß mit der Aufnahme des Ausspruchs Julian's in die Pandekten auf das ältere Recht habe hingewiesen werden sollen. Von anderer Seite hat man beide Stellen zu vereinigen gesucht. In dieser Richtung sind zweierlei Versuche gemacht worden. Die eine Auffassung, welche bis auf die Glossatoren zurückgeht, will zu dem „nihil agetur" der zweiten Stelle die Worte „ex mente procuratoris" ergänzen. Das „nihil agetur" soll gleichbedeutend sein mit „id non agetur", die Stelle also denselben Inhalt haben, wie der vorgedachte Ausspruch Ulpian's.[2]) Aber diese Supplirung ist ein Aushilfsmittel, zu dem man seine Zuflucht erst nehmen kann, wenn keine sonstige Erklärung stichhaltig befunden wird. Nach der anderen Auffassung, welche in neuerer Zeit besonders von Bremer[3]) vertheidigt worden ist, hat Julian einen ganz anderen Fall als Ulpian vor Augen, den Fall nämlich, welcher vorliegt, wenn bei der Tradition ein Dissens zwischen dem Tradenten und dem Empfänger über die Person, für welche das Eigenthum erworben werden soll, hervortritt, und die Stelle besagt, daß bei solchem erklärten Dissens der Tradent das Eigenthum der Sache behalte. Gegen diesen Satz ist an sich nichts einzuwenden. Ein Veräußerer, welcher die Sache einer Person übergibt, die ihm erklärt, daß sie nicht im Namen dessen, dem er tradiren will, sondern für sich oder für einen Dritten erwerben wolle, handelt verkehrt und bleibt daher beim Vorhandensein eines obligatorischen Vertrages seinem Contrahenten nach wie vor zur Tradition verpflichtet. Damit steht in Verbindung, daß er auch Eigenthümer bleibt. Daß der Satz aber in der Stelle ausgesprochen ist, muß mit Grund bezweifelt werden[4]), um so mehr, als der Fall einer freiwilligen Hingabe der Sache trotz ausgesprochenen Dissenses darüber, wer die geschenkte Sache haben soll, im Rechts-

---

[1]) Linde's Zeitschr. n. F. Bd. 11. S. 257.

[2]) Accursische Glosse: gl. nihil agetur.

[3]) a. a. O. S. 262 ff.

[4]) Windscheid, Pandekten Bd. 1. § 155 Note 7, bemerkt, es sei nicht unzweifelhaft, daß die l. 37 § 6 de adq. rer. dom. von dem Falle zu verstehen sei, wenn der Empfänger seinen gegentheiligen Willen an den Tag gelegt habe, obwohl diese Erklärung immer noch den Vorzug vor der anderen verdiene, die zu dem nihil agetur das ex mente procuratoris supplire.

verkehr kaum vorkommen wird. Der Satz läßt sich aus der Stelle nur herauslesen, wenn man ihn vorher hineinlegt. Zu solchem Hineinlegen aber fehlt die Veranlassung. Die Stelle gibt einen guten Sinn, wenn man annimmt, daß der Jurist an einen nicht zum Ausdruck gekommenen Widerstreit der Willensmeinungen gedacht hat. Sie erklärt sich genügend, wenn sie auf den Fall bezogen wird, welcher vorliegt, wenn der Tradent den Empfänger irrthümlich für den Repräsentanten eines bestimmten Dritten ansieht, während der Empfänger dafür hält, daß der Tradent ihm selbst tradiren, ihn selbst zum Eigenthümer machen wolle. Der Julian'sche Fall unterscheidet sich von dem Ulpian'schen darin, daß in dem letzteren auf Seite des Empfängers kein Irrthum, sondern ein bewußtes arglistiges Zurückhalten des Kundgebens der Absicht, selbst Besitzer zu werden, vorliegt. Mit dem nihil agetur Julian's ist gemeint, daß der Tradent Eigenthümer bleibe. Ueber die Besitzfrage entscheidet Julian nicht. Gehen wir davon aus, daß der Tradition, wenn sie als solche wirksam sein soll, eine Willenseinigung zwischen dem Tradenten und dem Empfänger zum Grunde liegen muß, welche dann nicht vorhanden ist, wenn der Tradent einem Anderen, als dem Empfänger tradiren, der Empfänger aber für sich erwerben will, so liegt im Falle Julians Mangels einer solchen Willenseinigung eine wirksame Tradition, ein wirksames Herausnehmen des Besitzwillens seitens des Tradenten ebensowenig vor, wie in dem von Ulpian in der l. 34 pr. de poss. entschiedenen Falle. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß der Empfänger Besitzer werden kann. Er wird es aber nur unter den Voraussetzungen eines Besitzverlustes corpore auf Seite des Tradenten. An einer beweglichen Sache also, die dem Empfänger eingehändigt wird, erwirbt der letztere für sich selbst Besitz. So weit aber der Besitzerwerb durch den Empfänger eine Besitzerledigung durch den Willen des bisherigen Besitzers erfordert, wie dies regelmäßig beim Besitzerwerbe von Grundstücken der Fall ist, schafft die unwirksame Tradition dem Besitzerwerbe keinen Raum [1]).

---

[1]) Exner, Rechtserwerb durch Tradition S. 136 f. Note 39, nimmt an, daß in dem Falle Julian's von einem ausgesprochenen Dissens nicht die Rede sein könne, weil aus der Thatsache der erfolgten Uebergabe geschlossen werden müsse, daß ein solcher Dissens im Moment dieser Uebergabe nicht mehr bestanden habe. Er meint, daß Julian und Ulpian einen und denselben Fall vor Augen gehabt haben, nämlich den eines nicht ausgesprochenen Dissenses, daß also die Meinungen

In derselben Weise ist der Fall zu entscheiden, wenn der Tradent den Empfänger für den Repräsentanten des A ansieht und der Empfänger für den B Besitz erwerben will. Auch hier gilt wegen des Mangels der Willensübereinstimmuug das nihil agetur Julian's in dem angegebenen Sinne. [1])

Oben ist der Ansicht Ihering's, daß bei der Besitzergreifung auf Grund der Tradition immer nur die objective Richtung des Geschäfts auf den Principal die Wirksamkeit des Geschäfts für den Principal vermittele, entgegengetreten worden. Noch in einem anderen Puncte muß die Ansicht desselben Schriftstellers von der objectiven Richtung einer Rechtshandlung auf den Repräsentirten bekämpft werden. Ihering meint nämlich, von einer Stellung des Erwerbsactes auf den Namen des Principals könne bei der ursprünglichen Besitzergreifung nicht die Rede sein. [2]) Dieser Satz ist nicht probehaltig. Ergreift der Procurator eines Erbschaftsprätendenten, der für den letzteren Hausofficianten und Gesinde eines zur Erbschaft gehörigen Landgutes zum Zwecke der Ergreifung des Besitzes an dem Gute für seinen Mandanten in Pflicht nimmt, nicht Namens seines Machtgebers Besitz? Weitere Irrthümer enthält folgende Aus-

---

beider Juristen einander widersprechen, und daß man sich für die eine oder die andere Meinung zu entscheiden habe. Er selbst entscheidet sich, da „für die nach Ulpian anzunehmende Singularität kein stichhaltiger innerer Grund“ beizubringen sei, für die Meinung Julian's. — Das Bedenken gegen die Unterstellung eines ausgesprochenen Dissenses im Falle Julian's theile ich. Aber damit ist die Annahme einer Antinomie nicht geboten.

[1]) In dem von Hauser (a. a. O. S. 24) bemerkten Falle ist der Ausgeher kein Repräsentant für den Besitzerwerb, sondern ein Bote, den der Eine im Auftrage eines Anderen, der Besitz erwerben will, abschickt, um die Sache ab-
zuholen. In einem solchen Falle wird der Besitzerwerb für den, der den A… Willens-
zur Absendung des Boten gegeben hat, allerdings dadurch nicht gehin… …cht der Be-
der Bote die Sache dem, der ihn abschickt, bringen will und nicht… …ung kann durch den
daß der Andere Besitzer werden soll. — Der in der 1. … also bei bevormundeten
Fall der Tradition einer Sache an einen im Mit… Curatoren erfolgen.
stehenden Sclaven hat damit nichts zu thun. D… Besitzerwerb für Bevormundete.
blos Bote. Aber das nihil agetur Julian'… neueren römischen Rechte an, da
Sclave kann immer nur für einen seiner … in der Lage war, entweder in eigenem
wenn bei einer Schenkung die Frage ent… seiner Person Rechte und Verbindlich-
es gewiß richtiger gedacht, den Wille… nach beendeter Vormundschaft auf das
einen Eigenthumserwerb überhaupt …

[2]) Jahrb. für Dogm. Bd. 1. …

führung Ihering's: Bei der Occupation könne die Handlung der Mittelsperson ihren rechtlichen Charakter nur von dem Verhältnisse ableiten, in welchem die Mittelsperson zum Principal stehe; darin, daß das Verhältniß auf Vornahme der Dienstleistung für den Principal gerichtet sei, müsse die objective und äußerlich erkennbare Richtung des Erwerbsactes auf den Principal, die das Requisit einer jeden Stellvertretung sei, gefunden werden; diesem objectiven Momente gegenüber komme eine abweichende subjective Ansicht so wenig in Betracht, wie gegenüber demselben Momente bei der Tradition. Ihering fährt fort: „Wenn also mein Jäger, durch den ich mir auf meiner Jagd das nöthige Wild schießen lasse, die Absicht hätte, für sich zu erwerben, und diese Absicht beim Occupationsacte immerhin einem Anwesenden erklärte, so würde er nichtsdestoweniger für mich erwerben." [1]) Diese Ausführungen und die Anwendung des vermeintlichen Rechtssatzes auf den gegebenen Fall sind verfehlt. Das in der Entscheidung des Falles gewonnene Resultat der Auffassung Ihering's von der Bedeutung des objectiven Elementes bei der Repräsentation zeigt ganz besonders das Irrige dieser Auffassung. Wie soll der Gutsjäger, der sich einer res nullius bemächtigt in der Absicht, Besitz daran zu erlangen, durch sein Dienstverhältniß am Besitzerwerbe gehindert werden? Das Dienstverhältniß ist doch nicht dergestalt mit seiner Person verwachsen, daß er es nicht auf so lange abzustreifen vermag, als er für sich die Jagd auf dem Jagdgrunde seines Dienstherrn ausübt. Er steht dann jedem Anderen gleich, der unbefugt jagt, und sein Dienstverhältniß erschwert nur die Entdeckung des Jagdfrevels. Anders freilich, wenn er den Entschluß, sich das Wild anzueignen, erst faßt, nachdem er es occupirt hat.

Besitz.
Besitzerle.

§ 62. Wille des Repräsentirten.

wie dies regem. Erforderniſſe gelten mehre Ausnahmen.
ist, schafft die unwirt... bei dem Peculienerwerbe der Sclaven und
...an bezeichnet in der l. 44 § 1 de poss.:

[1]) Exner, Rechtserwerb d...ulari receptum, ne cogerentur domini
daß in dem Falle Julian's von einen...eculiorum inquirere — den Rechtssatz
könne, weil aus der Thatsache der erf...eculium ohne Wissen und Willen
daß ein solcher Dissens im Moment dies...
Er meint, daß Julian und Ulpian einen ...
haben, nämlich den eines nicht ausgesprochene.

dessen, der die potestas hat, als einen auf Zweckmäßigkeitsgründen beruhenden, singulären Satz, während Paulus in der l. 1 § 5 ib: — quia nostra voluntate intellegantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus — in der Bestellung eines Peculiums den der Natur der Sache entsprechenden Willensausdruck der Ermächtigung zum Besitzerwerbe findet. Die Erklärung des Satzes durch Papinian ist die juristisch-praktische, die Erklärung desselben durch Paulus die rechtswissenschaftliche. Gehen wir der letzteren nach, so finden wir, daß das Vermögen, welches der Verfügung eines in der potestas eines Anderen befindlichen Menschen dergestalt, daß der Wille des letzteren selbständig auf dies Vermögen einwirken kann, unterworfen wird, zwar nicht dem Willen des Herrn oder des pater familias entzogen, daß aber für den regelmäßigen, der Bestimmung des Peculiums entsprechenden, auf erlaubten Erwerb sich beziehenden Rechtsverkehr zwischen den Willen des Herrn oder des pater familias und das Vermögen ein Wille gesetzt ist, welchen der Herr oder der pater familias vermöge der Bestimmung, die er dem Peculium gegeben hat, als seinen Willen anerkennen muß. Nach dieser Erwägung muß der zwischen dem Willen des Herrn oder des pater familias und dem Peculium stehende Wille zum Erwerbe des Besitzes an einer Sache für das Peculium auch dann genügen, wenn der Herr oder der pater familias den Besitzerwerb weder will, noch davon Kenntniß hat. Die Selbständigkeit dieses Willens, der so lange besteht, als er nicht durch den Wegfall des Subjects des Peculiums oder durch einen anderweiten, das Peculium aufhebenden Willen des Herrn oder des pater familias beseitigt wird, vermittelt den Besitzerwerb für dasselbe auch dann, wenn die potestas über den Sclaven auf einen Herrn, der das Peculium nicht bestellt hat, übergegangen, so wie dann, wenn der Besteller des Peculiums willensunfähig geworden ist. Auch steht die Willensunfähigkeit nicht der Bestellung eines Peculiums entgegen. Die Bestellung kann durch den berufenen Vertreter des Willensunfähigen, also bei bevormundeten Personen durch ihre Vormünder oder Curatoren erfolgen.

Die zweite Ausnahme betrifft den Besitzerwerb für Bevormundete. Diese Ausnahme gehört erst dem neueren römischen Rechte an, da nach älterem der Vormund nur in der Lage war, entweder in eigenem Namen zu handeln und in seiner Person Rechte und Verbindlichkeiten zu begründen, welche nach beendeter Vormundschaft auf das

Mündel übergingen oder das letztere selbst handeln zu lassen und an dessen Rechtshandlung durch auctoritatis interpositio theilzunehmen, beziehungsweise die Handlung zu genehmigen. Nach neuerem Rechte kann der Vormund im Namen des Mündels die dessen Rechtssphäre angehenden Rechtshandlungen vornehmen und sich zum Organ des Mündels machen dergestalt, daß das Mündel auch da, wo seine Willensfähigkeit ihm das eigene Handeln möglich gemacht hätte, selbst ohne und gegen seinen Willen durch den Vormund vertreten wird und mittelst solcher Vertretung Besitz erwirbt.

Die dritte Ausnahme findet bei den Personen statt, die wegen ihrer Willensunfähigkeit in eigener Person für sich nicht Besitz erwerben können. Dieselben erwerben nach neuerem römischen Rechte durch ihre Vormünder Besitz. Hierher würden nach der hergebrachten Auffassung auch die „juristischen Personen“, die fingirten Rechtssubjecte subjectlosen Vermögens, gehören, die durch ihre verfassungsmäßigen Organe vertreten werden.

Eine vierte Ausnahme enthält das spätere römische Recht in Ansehung des adventicischen Vermögens des Hauskindes, an welchem der Vater ein nießbrauchähnliches Recht, das Kind das Eigenthum hat. Hier vertritt der Vater das Hauskind beim Erwerbe des Besitzes, ebenso wie der Vormund sein Mündel.

Es ist versucht worden, den ohne Wissen und Willen des Repräsentirten geschehenden Besitzerwerb durch Sclaven, Haussöhne, verfassungsmäßige Organe juristischer Personen, Tutoren und Curatoren als einen regelmäßigen, nicht exceptionellen darzustellen mittelst der Ausführung, daß diejenigen, durch welche der Besitz erworben werde, blos als Organe von Rechtssubjecten handeln, welche in ihnen einen Ersatz der mangelnden oder eine Erweiterung der vorhandenen eigenen Persönlichkeit finden.[1] Der diesem Einwande gegen die gangbare Lehre zum Grunde liegende Gedanke scheint dahin aufgefaßt werden zu sollen, daß unter dem „Ersatze der mangelnden Persönlichkeit“ das Eintreten des Willens einer willensfähigen Person bei Willensunfähigkeit des in Rede stehenden Rechtssubjectes und unter der „Erweiterung der vorhandenen Persönlichkeit“ das Eintreten des Willens einer anderen Person bei Willensfähigkeit des

[1] Lenz Besitz S. 158.

Rechtssubjectes, wobei in dem einen, wie in dem anderen Falle die Person, deren Wille als Wille des fraglichen Rechtssubjectes gelten soll, als Organ dieses Rechtssubjectes bezeichnet wird, zu verstehen ist. Dies ist ein Versuch, die Ausnahmen zu erklären und auf die in ihnen hervortretenden Rechtsgedanken zurückzuführen. Als Resultat wird aber die Beseitigung des Exceptionellen in den Rechtssätzen dem Satze gegenüber, daß ein Besitzerwerb ohne Wissen und Willen des Erwerbenden nicht stattfinden könne, nicht gewonnen. Die Ausnahmen bleiben, was sie sind.

§ 63. Rechtsverhältniß zwischen Repräsentanten und Repräsentirten.

Bei der nothwendigen Repräsentation besteht das Rechtsverhältniß, durch welches vermittelt wird, daß die Besitzergreifung als ein Willensakt des Repräsentirten erscheint, einmal in der potestas des Herrn oder des pater familias und entweder in der durch den Herrn oder den pater familias generell vermöge Bestellung eines Peculiums ertheilten Autorisation zum Besitzerwerbe, oder in einem auf die Besitzergreifung gerichteten Befehle. Bei der Vertretung durch Tutoren oder Curatoren entsteht das Rechtsverhältniß durch die Bestellung zum Tutor oder Curator. In Ansehung der „juristischen Personen" führt uns die Erörterung des fraglichen Erfordernisses auf die Frage der Vertretung des Zwecks, um dessen Vermögen es sich handelt, im Rechtsverkehr überhaupt. Für die sogenannten universitates personarum, den Staat, die Gemeinden und die Corporationen, sind Vertreter diejenigen Personen, die kraft eigenen Rechtes zu solcher Vertretung berufen sind. Hierher gehören die Magistraturen in den Republiken und Gemeinden, der Regent in den Monarchien, die Vorstände der Corporationen, sofern sie gleich den Magistraturen der Republiken und Gemeinden die Vollmacht lediglich aus dem Amte, das Amt aus der Verfassung oder dem Statute der Corporation und lediglich die Designation zu dem Amte von den Wählern ableiten. Vertreter der Stiftungen sind diejenigen Personen, die ihre Befugniß zur Vertretung und den Umfang ihrer Befugnisse unmittelbar aus der dem Stiftungsvermögen gegebenen Zweckbestimmung herleiten, also die Executoren oder Curatoren der Stiftungen. Daneben kommen bei allem Zweck-

rsonen in Frage, deren Ver-
Diese letztere kann, je nachdem
mmen ist, auf einem munus

tation sind das Mandat und
ndatar und den negotiorum
emeinsamen Ausdruck „procu-
ocuratoren ist nach Paulus
torem adquiri nobis posses-
m est) aus Zweckmäßigkeits-
und die Jurisprudenz hat ihn
(Per liberam personam igno-
postquam scientia intervenerit,
tam ratione utilitatis, quam

die Kenntniß des Machtgebers
durch den Mandatar, also
von der erlangten Macht über
itzerwerbes. Hierin liegt eine
ter des fraglichen Satzes zeigt
sich gescheut haben, dem Satze
dem solchergestalt erworbenen
In die conditio usucapiendi
von, daß er Besitzer geworden,
apprehendirt habe, Kenntniß

beschaffen sein müsse, um den
ermitteln. Von der einen Seite
esitzes an einer individuell be-
von anderer auch das einem
ür genügend gehalten. Zwischen
n anderer Schriftsteller, welche
t einer speciell bestimmten Sache
iger bestimmtes und begränztes

1121.

Aus den Rechtsbüchern läßt sich eine bestimmte Antwort auf die Frage nicht gewinnen. In einer Reihe von Stellen wird allgemein ausgesprochen, daß der Besitz durch einen Procurator ignorante domino erworben werden könne, ohne daß von einer Einschränkung des Satzes auf den zum Erwerbe des Besitzes an einer bestimmten Sache bestellten Procurator die Rede ist. In anderen Stellen heißt es, daß der Besitzerwerb durch einen Procurator erst stattfinde, wenn der Geschäftsherr die Handlung des Procurators genehmigt habe. Da jedoch, wie bemerkt, in den Rechtsbüchern nicht blos der Mandatar, sondern auch der negotiorum gestor Procurator genannt wird, so läßt sich nicht schließen, daß da, wo die Genehmigung des Geschäftsherrn zur Handlung des Procurators für erforderlich erklärt wird, mit dem Procurator der procurator omnium bonorum gemeint sei. So heißt es in der l. 23 (24) de neg. gest.: Si ego hac mente pecuniam procuratori dem, ut ea ipsa creditoris fieret, proprietas quidem per procuratorem non adquiritur, potest tamen creditor etiam invito me ratum habendo pecuniam suam facere, quia procurator in accipiendo creditoris dumtaxat negotium gessit: et ideo creditoris ratihabitione liberor. Der Procurator ist hier offenbar ein negotiorum gestor. In der l. 42 § 1 de poss. wird gesagt: Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi adquirit possessionem: quod si sua sponte emerit, non nisi ratum habuerit dominus emptionem. In dieser Stelle hat man, indem man den ersten Satz auf den procurator unius rei, den zweiten auf den procurator omnium bonorum bezogen, einen Belag für den Satz zu finden gemeint, daß beim Erwerbe durch einen procurator omnium bonorum erst die Ratihabition der Handlung den Geschäftsherrn zum Besitzer mache. Aber die Gegenüberstellung des procurator, qui mandante domino emit, und des procurator, qui sua sponte emit, entspricht den Worten nach eben so gut dem Gegensatze des Mandatars und des negotiorum gestor. Auch der Ausspruch des Paulus in den rec. sent. V. 2. § 2: — per procuratorem adquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est. Absente autem domino comparata non aliter ei, quam si rata sit, quaeritur — läßt ihrem Wortlaut nach die Auslegung, daß unter dem Procurator im ersten Satze der Mandatar und der negotiorum gestor verstanden werden,

der zweite Satz aber nur auf den negotiorum gestor bezogen wird, eben so zu, wie die andere.

Für die Einschränkung der Zulassung des Besitzerwerbes durch einen Procurator ohne Wissen des Herrn auf den zum Erwerbe des Besitzes an einer bestimmten Sache bestellten Mandatar scheint die anomale Natur des Besitzerwerbes ignorante domino überhaupt zu sprechen. Die Anomalie wird größer durch Zulassung eines Besitzerwerbes, bei dem der Erwerber nicht einmal seinen Besitzwillen auf die erworbene Sache gerichtet hat. Man kann nicht mit Bremer[1]) sagen, daß bei der Bestellung eines procurator omnium bonorum ein auf alle kraft des Auftrages vielleicht zu erwerbende Sachen gerichteter Besitzwille vorhanden sei. Damit wird, wie Schirmer[2]) mit Recht hervorhebt, Besitzwille und Mandatswille vermengt. Der Besitzwille verträgt sich mit solcher Unbestimmtheit des Objectes nicht, und wir würden uns jedenfalls dahin zu bescheiden haben, daß bei Zulassung des Besitzerwerbes durch einen procurator omnium bonorum ohne Wissen des Geschäftsherrn das regelmäßige Erforderniß des animus possidendi durch ein kümmerliches Surrogat ersetzt wäre. Dennoch sprechen überwiegende Gründe dafür, die Zulässigkeit des Besitzerwerbes durch einen Mandatar nicht auf den zum Besitzerwerbe einer speciell bestimmten Sache beauftragten Procurator einzuschränken.

Der erste Grund ist der, daß bei einem Mandatsverhältnisse

---

[1]) Bis auf Savigny war die Meinung herrschend, daß der proc. omnium bonorum dem proc. unius rei gleich zu stellen sei. Sie wurde schon von Bassian vertheidigt (Gl. procurator zu l. 42 § 1 de poss.) Savigny verlangte beim proc. omnium bonorum Ratihabition (Besitz S. 316), Unterholzner trat ihm entgegen (Tüb. Zeitschr. Bd. 4. S. 387 und vorher schon in der Verjährungslehre Bd. 1. S. 413 Anm. 416) und Bremer brachte die ältere Ansicht, die aus der Praxis niemals vollständig verdrängt worden war, auch theoretisch wieder zu Ehren (Linde's Zeitschr. n. F. Bd. 11. Nro. VII. Bd. 17. Nro. VIII.).

[2]) Linde's Zeitschr. n. F. Bd. 14. III. Schirmer tritt gegen Bremer zu Gunsten der Ansicht Savigny's auf. Meine Uebereinstimmung mit Schirmer beschränkt sich darauf, daß ich auf Seite des dominus, der einen procurator omnium bonorum bestellt hat, einen Besitzwillen nicht für construirbar ansehe. Es liegt in der That nur ein Mandatswille vor. Aber diesen Mandatswillen mußte man, wenn man überhaupt einen Besitzerwerb durch einen Mandatar ignorante domino zuließ, auch bei einem proc. omnium bonorum hinreichen lassen.

für eine Ratihabition der Geschäftsführung durch den dominus überall kein Raum gegeben ist, wenn nicht der Mandatar die Grenzen des Mandats überschritten hat. Der dominus kann die Geschäftsführung und damit auch den Besitzerwerb, der innerhalb der Grenzen des Mandats liegt, nicht ablehnen. Schirmer legt der Ratihabition für den Besitzerwerb die Bedeutung bei, daß der Principal damit zu erkennen gebe, wie der Mandatar die Grenzen der Vollmacht nicht überschritten habe. Aber eine solche Erklärung ist ja gleichgültig, wenn die Grenzen des Mandats inne gehalten sind. Wenn Schirmer weiter bemerkt, nicht die Negotiation solle ratihabirt werden, sondern der Besitzerwerb, es handele sich um eine factische Anerkennung, in welcher der Besitzwille zu Tage trete, so ist dagegen zu sagen, daß der Besitzwille eines Zutagetretens nicht bedarf, wenn der Herr nicht umhin kann, den Besitzerwerb gelten zu lassen. Man würde überdies bei Festhaltung der regelmäßigen Erfordernisse des Besitzerwerbes nicht einmal eine Ratihabition fordern können, sondern nur die Kenntnißnahme von dem Acte der Besitzergreifung. Die obigen Stellen, welche von der Ratihabition der durch einen Procurator erfolgten Besitzergreifung sprechen, können sich daher auf keinen Mandatar, sondern nur auf den negotiorum gestor beziehen. Ein Unterschied aber zwischen dem mandatum unius rei und dem mandatum generale oder universale in der Art, daß nur bei dem ersteren, nicht bei den letzteren der Besitz ignorante domino erworben werde, ist in den Rechtsbüchern nicht gemacht.

Außer diesen Erwägungen spricht noch ein anderer Grund für die Gleichstellung des procurator omnium bonorum mit dem Procurator unius rei. Der Satz von dem Erwerbe des Besitzes durch einen Mandatar ohne Wissen des Geschäftsherrn wird als durch Utilitätsgründe hervorgerufen bezeichnet. Da er außerhalb der Rechtsconsequenz betreffs der den regelmäßigen Besitzerwerb bestimmenden Rechtssätze steht, so kann man ihn nicht durch die regelmäßigen Bestimmungen des Besitzerwerbes beschränken, so weit solche Beschränkung durch das praktische Bedürfniß abgewiesen wird. Nun würde aber der Satz in der Einschränkung seiner Anwendung auf den zum Erwerbe des Besitzes an einer bestimmten Sache Beauftragten dem Bedürfnisse nur höchst unvollkommen gerecht werden. Man kann davon ausgehen, daß die Verkehrsverhältnisse in der hier

fraglichen Beziehung gegenwärtig keine wesentlich anderen sind, als diejenigen, für welche der Satz eingeführt worden ist. Unseren Verkehrsbedürfnissen aber genügt der Satz in seiner Einschränkung auf den mit Specialvollmacht zur Erwerbung des Besitzes an einer bestimmten Sache Versehenen nicht. Grade bei dem Mandate, welches dem Mandatar bei Besorgung der ihm aufgetragenen Geschäfte mehr oder weniger freie Hand läßt, tritt die Anforderung, den Erwerb durch den Rechtssatz, daß dem Mandanten auch ohne sein Wissen der Besitz der vom Mandatar apprehendirten Sachen erworben werde, dem Machtgeber zu sichern, zwingender auf, als bei dem auf den Besitzerwerb einer bestimmten Sache gerichteten Mandate. Dies wird in Theorie und Praxis vielfach bezeugt.

Puchta sucht die Consequenz der den regelmäßigen Besitzerwerb bestimmenden Rechtssätze mit der Utilität durch die Ausführung zu vereinigen, der animus possidendi des Repräsentirten erfordere nicht, daß demselben die individuelle Beschaffenheit der Sache bekannt sei, der animus könne auf die Sache gerichtet sein, die der Procurator apprehendiren werde; wenn demselben z. B. ein Einkauf aufgetragen und die Wahl der Species aus einer gewissen Gattung überlassen worden sei, so könne der animus des Mandanten sehr wohl jene Richtung auf ein erst durch die Wahl des Procurators zu bestimmendes Individuum haben [1]). Nach dieser Ausführung erachtet Puchta den von einem Wollhändler einem Agenten ertheilten Auftrag, Wolle von den Producenten für ihn zusammen zu kaufen, für bestimmt genug, um den Besitzerwerb für den Auftraggeber zu vermitteln [2]). Im Einklange hiermit steht ein Urtheil des O. A. G. Darmstadt vom 1. September 1855, in welchem dem Auftrage, Lager von nickelhaltigen Schwefelkiesen aufzusuchen und für den Machtgeber zu acquiriren, genügende Bestimmtheit beigelegt wird, um darauf einen Besitzerwerb des Auftraggebers durch den Beauftragten zu gründen [3]). Aehnlich ist die Ansicht Scheurl's, nach welcher die Wahl der Sache dem Stellvertreter überlassen sein kann, die Willensrichtung des Erwerbers aber von der Beschaffenheit sein muß, daß im Augenblicke der Apprehension nur eine bestimmte einzelne Sache ganz für sich davon

[1]) Kleine civilistische Schriften XXVI S. 437.

[2]) Kleine civ. Schriften XXXII S. 563 f.

[3]) A. für prakt. Rechtsw. Bd. 8. S. 482; auch in S. A. Bd. 10 Nro 134.

getroffen wird, der Wille also von vornherein auf eine besondere einzelne Sache gerichtet sein muß [1]). Aber mit allen diesen Ausführungen geschieht dem Besitzwillen sein Recht nicht. Der Wille, durch den Mandatar Sachen einer bestimmten Art oder eine Sache von mehren zu erwerben, ist kein Besitzwille. Der letztere verträgt sich mit solcher Unbestimmtheit nicht. [2])

Ein wesentlich anderer Gesichtspunct ist in dem Urtheile des O.A.G. zu Oldenburg vom 14. November 1850 eingenommen. [3]) Es wird darin ausgeführt, daß man, wenn man mit dem Leben nicht vielfach in Widerspruch gerathen wolle, von dem Principal eines Universalmandatars nicht mehr verlangen könne, als das Bewußtsein, einen Vertreter zu Erwerbungsacten jeder Art legitimirt zu haben, indem im Uebrigen das Bewußtsein physischer Herrschaft auf Seite des Mandatars ergänzend hinzutrete. Daß diese Auffassung dem Leben entspreche, sei kaum zu bezweifeln; denn wer möchte annehmen, daß der Principal, welcher seinem Handlungsgeschäfte einen Factor vorgesetzt habe, sich nicht in Besitz und Eigenthum aller derjenigen Waaren befinde, die im Verlauf der Jahre vom Factor in Gemäßheit seines Mandats acquirirt, deren Apprehension aber dem Principal nicht bekannt geworden? Diese Ausführung halte ich für richtig. Der Besitzerwerb durch einen Mandatar ist damit, daß er ignorante domino stattfinden kann, von den regelmäßigen Erfordernissen des Besitzerwerbes losgelöst. Er erscheint auf die Voraussetzungen gestellt, unter denen der Erwerb subjectiver Rechte durch den Mandatar für den Mandanten erfolgt, und er findet bei jedem Mandatar statt, der in den Grenzen seines Mandats handelt. Damit tritt als Voraussetzung des Besitzerwerbes durch den Mandatar an die Stelle des Besitzwillens der Mandatswille [4]), nämlich das Bewußtsein des Principals, einen Vertreter bestellt zu haben,

---

[1]) Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts Bd. 1. S. 218.

[2]) Sehr gut bemerkt Brinz Pandekten Abth. 1. S. 69, daß die Ansicht Savigny's an der Frage, wann das Specialmandat speciell genug sei, scheitern zu wollen scheine.

[3]) S. A. Bd. 5 Nro. 106.

[4]) Bremer, Linde's Zeitschr. n. F. Bd. 17. VIII, S. 202, sagt gegenüber Schirmer (vgl. oben S. 284 Note 2), daß der Mandatswille mit dem Besitzwillen zusammenfalle. Aber läßt sich das Bewußtsein des Principals von der im allgemeinen Verwaltungsauftrage liegenden rechtlichen Möglichkeit des Erwerbs durch den Procurator in der That als Besitzwille charakterisiren?

von dem mit größerer oder geringerer Sicherheit zu erwarten ist, daß er, sei es den Besitz der bestimmten Sache, auf welche der Wille des Principals gerichtet ist, sei es den Besitz von Sachen überhaupt, deren Erwerb für den Principal das ertheilte Mandat dem Procurator rechtlich möglich macht, erwerbe.[1])

Auch darüber wird controvertirt, ob die Rechtsregel, nach welcher die Ratihabition der negotiorum gestio die Handlung für den Ratihabenten ebenso wirksam macht, als ob sie von Anfang an mit seinem Willen abgeschlossen worden wäre, auf den Besitzerwerb durch den negotiorum gestor Anwendung findet. Die Rechtsbücher entscheiden die Frage nicht ausdrücklich. Versagt wird jener Rechtsregel die Anwendung auf den Besitzerwerb von Savigny mit der Bemerkung, daß ein Zurückrechnen, welches bei eigentlich juristischen Handlungen stattfinde, beim Besitzerwerbe nicht gelte[2]), von Chambon noch unter Hinweis darauf, daß, da erst durch die Ratihabition das Erforderniß des Besitzwillens hergestellt werde, die Annahme rückwirkender Kraft der Ratihabition gegen die Grundregel, daß der Besitz corpore et animo erworben werde, verstoßen würde.[3]) Ich halte keinen dieser Gründe für stichhaltig. Mit der factischen Natur des Besitzes läßt sich Angesichts der vielfachen Bestimmungen, welche die Voraussetzungen des Besitzerwerbes aus den für den Erwerb subjectiver Rechte gegebenen Rechtsnormen hernehmen, nicht wohl argumentiren.[4]) Das Requisit des Besitzwillens würde jene Retro-

[1]) Für mehr als bedenklich halte ich das Urtheil des O.A.G. Celle vom 2. December 1845 (S. A. Bd. 2. Nro. 135), in welchem angenommen wird, daß, wenn die von dem abwesenden Besitzer eines Gutes für dasselbe bestellten Verwalter und Forstofficianten die Ausübung der Jagd auf gewissen Feldmarkungen auch ohne besonders darauf gerichteten Auftrag, sowie ohne Wissenschaft und Genehmigung des Besitzers als eine Gerechtsame des Gutes und für dasselbe vorgenommen haben, der Besitz des Jagdrechts auf diesen Feldmarkungen für den Gutsbesitzer erworben sei, und daß das Jagdrecht selbst durch eine die Verjährungszeit hindurch seitens der gedachten Mittelspersonen erfolgte Jagdausübung ohne Wissen und Willen des Gutsbesitzers für denselben erworben werden könne. — Hier ist von quellenmäßiger Begründung nicht mehr die Rede. Es macht sich die Idee von der Personification des Gutes, wenngleich unausgesprochen, geltend.

[2]) Besitz S. 316.

[3]) Die negotiorum gestio. Leipzig 1848. S. 171. 172.

[4]) Randa, Besitz nach österr. Recht S. 200 Note 16, tritt Savigny entgegen mit dem Argument, der Besitzerwerb sei ein Rechtsgeschäft, d. i. eine Handlung

trahirung hindern, wenn nicht die Rechtsconsequenz schon mit der Zulassung des Besitzerwerbes durch einen Mandatar ignorante domino durchbrochen wäre. Das als Residuum dieses Requisites noch erforderliche Bewußtsein des dominus von der Möglichkeit des Besitzerwerbes durch den Mandatar aber kann für den Besitzerwerb durch einen negotiorum gestor nicht die Bedeutung haben, daß hier die an der anderen Stelle beseitigte, oder, wenn man will, zum Schatten ihrer selbst gewordene Rechtsconsequenz noch als lebendig und zur Erzeugung weiterer Consequenzen, die ihrerseits die Geltung der Rechtsregel von der rückwirkenden Kraft der Ratihabition einer negotiorum gestio einschränken würde, kräftig genug anzusehen. Für die rückwirkende Kraft der Ratihabition auch in Ansehung des Besitzerwerbes spricht ferner, daß man die Negotiation von der Apprehension nicht dergestalt trennen kann, daß man der Ratihabition des Besitzerwerbes die rückwirkende Kraft versagt, während man sie der Ratihabition der Negotiation, auf Grund welcher der Besitzerwerb erfolgt, beilegt. Es ist dies ebensowenig möglich, wie man beim mandatum generale den Principal an die Negotiation für gebunden halten, den Besitzerwerb aber von der Ratihabition abhängig machen kann.

§ 64. Constitutum possessorium.

Erfolgt der Besitzerwerb durch einen Stellvertreter in der Art, daß der bisherige Besitzer Stellvertreter des neuen Besitzers wird, so bedarf der Erwerb, weil der Stellvertreter bereits die Macht über die Sache hat, keiner als Apprehension der Sache durch den Stellvertreter sich darstellenden äußeren Handlung. Der übereinstimmende Wille der betheiligten Personen vermittelt den Besitzerwerb.

Die allgemeine Regel über das constitutum possessorium ist in der l. 18 pr. de poss., wie folgt, ausgesprochen: Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. Anwendungen der Regel werden für folgende Fälle gegeben: Wenn der bisherige Besitzer die Sache verschenkt und gleichzeitig sie von dem Geschenknehmer miethet, so wird der letztere

mit beabsichtigter rechtlicher Wirkung; vgl. auch Goldschmidt Handelsrecht B. 1. Abth. 2. S. 613, Exner, Rechtserwerb durch Tradition S. 134, Hauser, Stellvertretung S. 26 ff.

Besitzer (l. 77 de rei vind.) Der, dem eine Sache geschenkt, zur dos bestellt oder verkauft wird, erwirbt dadurch, daß der Schenker, der Besteller der dos, der Verkäufer, sich den ususfructus vorbehält, den Besitz der Sache (c. 28. 35 § 5 de donat.)

In diesen Fällen ist die Annahme, daß die jedesmalige Willenseinigung der Interessenten einen Uebergang des Besitzes von dem einen auf den anderen ohne äußerlich bethätigte Herrschaft des Erwerbenden einschließt, die nothwendige Folge der Willenseinigung, welche ohne die Annahme des Besitzübergangs rechtlich wirkungslos wäre. Die Fälle sind nur Beispiele. Der Besitzübergang tritt überall ein, wo er die nothwendige Folge der Constituirung des neuen Rechtsverhältnisses ist. Einer ausdrücklichen, auf Uebertragung des Besitzes gerichteten Abrede bedarf es nicht. Die Constituirung des beabsichtigten Rechtsverhältnisses bewirkt den Besitzübergang.

Ist also nicht ersichtlich, daß ein bestimmtes Rechtsgeschäft und welches, aus dem der Uebergang des Besitzes nothwendig folgt, von den Interessenten intendirt worden ist, so kann von einem Constitutum nicht die Rede sein. Die in einem Veräußerungsvertrage abgegebene Erklärung der Contrahenten, daß die Tradition geschehen sei oder als geschehen angenommen werde oder daß sie hiermit geschehe,[1]) hat mithin an sich die Wirkung des Besitzübergangs nicht.

---

[1]) Die Erklärung, daß hiermit tradirt sein solle, hält Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 1. Abth. 2. S. 610 für genügend. — Hauser, Stellvertretung S. 49 f., bemerkt: „Ueberhaupt wenn die Meinung der Betheiligten, daß die Besitzabtretung nunmehr geschehen sein solle, feststeht, während der Besitzabtretende die Sache vorläufig noch behält, liegt immer ein genügender Grund der Inhabung vor, sei es auch nur der der Aufbewahrung der Sache bis zur Abholung." Ja wenn klar ist, daß der Veräußerer die Sache für den Erwerber verwahren, die Waare im Namen des Erwerbers vorläufig auf Lager behalten solle und wolle, so ist gewiß ein Constitutum anzunehmen. Aber ein bloßer Ausdruck der Meinung der Betheiligten, daß die Besitzabtretung geschehen sein solle, ist nicht zu attendiren. Aus einer solchen Erklärung folgt weder, daß der Veräußerer die Pflichten eines Depositars habe, noch daß überall ein Repräsentationsverhältniß begründet sei. Die Auffassung Hauser's gipfelt in dem Satze: „Eine Vereinbarung des Eigenthumsübergangs schließt in sich, daß auch die Besitzabtretung gewollt sei, sofern nicht das Gegentheil erklärt wird." (S. 56.) Nach römischem Recht muß der Satz umgekehrt werden: „Ein Besitzübergang ist nur anzunehmen, wenn die Constituirung eines selbständigen Rechtsverhältnisses intendirt ist, das ohne Besitzübergang nicht bestehen kann." — Eine ganz andere Frage ist die, ob Besitzübertragung durch Tradition als Erforderniß des Eigenthumsüberganges überhaupt

Es kann in ihr ein Herausnehmen des Willens aus der Sache auf Seite des Veräußerers und die Ermächtigung für den Erwerber, den solchergestalt erledigten Besitz zu ergreifen, unter bestimmten Voraussetzungen, wenn nämlich die Sache thatsächlich der Besitzergreifung des Erwerbers offen steht, gefunden werden. Behält aber der Veräußerer seine reale Macht über die Sache, so ist eine Abrede, wie die angegebenen, ohne alle Bedeutung für den Besitz.[2]) Bei Annahme des Gegentheils würde die Bedeutung der Tradition zum Verschwinden gebracht und der Erwerb des Eigenthums und des Besitzes auf den Vertrag allein gestellt sein. Das Rechtsverhältniß kann übrigens in einer bloßen Verwaltung des Besitzes und in der Uebernahme der Pflichten des Depositars durch den Veräußerer bestehen.

In die Kategorie des Constitutums gehört auch der Fall, wenn der zum Erwerb einer Sache für einen Anderen speciell Beauftragte oder generell Ermächtigte, nachdem er selbst Besitzer der Sache geworden, den Willen annimmt, die Sache fortan für den Anderen zu besitzen. Dieser Wille braucht dem, der den Besitz haben soll, nicht kund gegeben zu werden. Es genügt, daß der Wille vorhanden ist. Aber um rechtlich in Betracht zu kommen, muß er freilich irgend wie geäußert sein. So kann der Einkaufs-Kommissionär durch entsprechenden Vermerk in den Handelsbüchern den Committenten zum Besitzer machen.[3])

---

aufrecht zu halten, und ob nicht vielmehr der römisch-rechtliche Standpunkt de lege condenda zu verlassen ist. Für den Eigenthumserwerb an einem Schiff oder einem Schiffsantheil ist dieser Standpunkt im allg. deutschen Handelsgesetzbuch schon verlassen, indem dasselbe bestimmt, daß die zum Eigenthumserwerb nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts etwa erforderliche Uebergabe durch die unter den Contrahenten getroffene Vereinbarung ersetzt werden könne, daß das Eigenthum auf den Erwerber sofort übergehe. Hauser, a. a. O. (S. 56 f.) nimmt hier ein Constitutum an. Vgl. dagegen die zutreffende Ausführung Exner's in Pözl Vierteljahrsschr. Bd. 13. S. 308. Die Annahme eines Constitutums würde nach der Bestimmung des § 1396 A. L. R. II. 8. geboten gewesen sein, wenn man diese Bestimmung nicht außerhalb aller Rechtsconsequenz stehen lassen wollte. Dieselbe besagt, daß, wenn bei der Veräußerung eines Schiffs nicht das Gegentheil ausdrücklich bedungen worden, angenommen werde, daß die Uebergabe durch Vollziehung des Contracts geschehen sei.

[2]) In diesem Sinne ist das Urtheil des O.A.G. Lübeck vom 25. Nov. 1841 (S. A. Bd. 10. Nro. 229.) abgegeben.

[3]) Hierher möchte auch der vom Hofgericht Gießen am 22. März 1860 ent-

Unter den Gesichtspunkt des Constitutums wird von manchen Schriftstellern die der Eingehung einer societas omnium bonorum beigelegte Rechtswirkung gebracht, welche darin besteht, daß alle einzelnen Sachen der socii gemeinschaftliches Eigenthum werden (l. 1 § 1. l. 2. pro socio). Die Quellen sprechen hier von einer traditio tacita. Savigny erklärt die Bestimmung damit, daß eine wirkliche Tradition wegen der Mannigfaltigkeit der Gegenstände sehr beschwerlich, folglich ungewöhnlich, folglich dasjenige Geschäft gewöhnlich und zu präsumiren sei, welches allein eine wahre Tradition ersetzen könne, nämlich das constitutum.[4]) Während also in anderen Fällen des Constitutums die Annahme des Besitzübergangs nothwendige Folge der Willenseinigung ist, wird hier die Verbindung des Besitzübergangs mit der Eingehung des Vertrages aus der Schwierigkeit und Ungewöhnlichkeit der Tradition hergeleitet. Diese Erklärung erscheint fehlsam. Der Satz von der traditio tacita der einzelnen Sachen der socii mag seine Entstehung der Schwierigkeit der Tradition in Verbindung mit der Erwägung verdanken, daß der Vertragswille der Socien keine ausreichend sichere Realisirung finden kann, wenn die Communication der einzelnen Sachen noch einen äußeren Act, den der Tradition, bedarf. Sachen, welche sich zeitweilig nicht erreichen lassen, oder die der eine Contrahent verheimlicht, würden nicht gemeinschaftlich werden, und insoweit fände der Vertragswille keine Verwirklichung. Man hatte daher nur die Macht, entweder darauf zu verzichten, daß der Vertragswille sich bedingungslos und ausnahmslos realisirte, oder durch positive Bestimmung das Gemeinschaftlichwerden der einzelnen Sachen von dem Erfordernisse der Tradition unabhängig zu machen. Die letztere Alternative zog man vor. So läßt sich die Entstehung unseres singulären Rechts-

---

schiedene Fall gehören. Der mit der Verwahrung und Verwaltung von Werthpapieren eines Abwesenden vom letzteren Beauftragte hatte für ausgeloofte Werthpapiere andere angekauft und dieselben in einem Umschlage mit der Bezeichnung des Abwesenden als Eigenthümers der Papiere verwahrt. Nach dem Tode des Verwahrers entstand Streit zwischen den Erben desselben und dem Curator des Abwesenden. Das Hofgericht gab ein dem letzteren günstiges Beweisurtheil ab (A. f. prakt. Rechtsw. Bd. 8. S. 485 ff.).

[4]) Besitz S. 322 f. Gleicher Meinung sind Kierulff, Civilrecht S. 389 f. Note 2, Windscheid, Pandekten Bd. 1. § 171. Note 2; anderer Ansicht u. A. Puchta, civ. Schriften XXVI. S. 439.

satzes erklären, dessen Utilität nicht in Zweifel zu ziehen ist, der aber nicht unter den gleichen Gesichtspunct mit den Fällen des Constitutums gebracht werden kann. Die letzteren stehen innerhalb der Rechtsconsequenz. Hier haben wir einen exceptionellen Satz, der mit jenen Ausflüssen der Rechtsconsequenz nur die äußere Aehnlichkeit hat, daß hier wie da die beabsichtigte Rechtswirkung ohne einen die Sache ergreifenden äußeren Act sich vollzieht.

B. Die neueren Codificationen.

§ 65. Das preußische Landrecht.

Das preußische Recht stellt im § 45 A.L.R. I. 7. den Erwerb des Besitzes durch Repräsentanten unter die Rechtssätze, welche den Erwerb von Rechten durch Verträge Anderer regeln.

Darnach sind die den Willen des Repräsentanten betreffenden Bestimmungen des römischen Rechts auch nach preußischem Rechte anzuwenden. Insbesondere ist nicht zu bezweifeln, daß auch nach dem letzteren bei dem Besitzerwerbe durch Tradition der Empfänger nicht gegen den ihm bekannten Willen des Tradenten blos durch seinen nicht geäußerten Willen für sich, statt für den Repräsentirten Besitz erwerben kann. Aus der Legaldefinition der Uebergabe als Actes der Besitzerwerbung folgt, daß die Vertragsnatur als das Element aufgefaßt wird, welches das Wesen der Tradition beherrscht. Durch Uebergabe wird nach allg. Landrecht der Besitz erworben, wenn der bisherige Besitzer einer Sache sich derselben zum Vortheil eines Anderen entschlägt und dieser den erledigten Besitz ergreift.[1] Es liegt also im Begriff der Tradition, daß die Besitzerledigung als das eine Moment der Tradition nur dann als solches in Betracht kommt, wenn derjenige, zu dessen Vortheil der Besitz erledigt wird, den erledigten Besitz erwirbt.

Ebenso gelten im preußischen Recht die für die Vertretung bevormundeter Personen entwickelten Sätze des römischen Rechtes. Von dem Peculienerwerbe und von der Personeneinheit des Vaters mit dem unter seiner potestas stehenden Kinde weiß das preußische Recht nichts. In der väterlichen Gewalt liegt aber die Vertretungsbefugniß des Vaters zum Besitzerwerbe für das Kind, ohne daß der Wille des Vertretenen Erforderniß solchen Besitzerwerbes ist.

[1] I. 7 § 58.

In Ansehung des Besitzerwerbes durch einen Mandatar oder negotiorum gestor folgt aus der Gleichstellung des Erwerbes des Besitzes mit dem Erwerbe von Rechten die Lösung der erörterten Streitfragen des römischen Rechts. Die Zulassung des Besitzerwerbes des Mandatars für den dominus ignorans steht innerhalb der Rechtsconsequenz, weil zum Rechtserwerbe das Bewußtsein, das Recht erworben zu haben, nicht erforderlich ist. Dasselbe gilt von der Gleichstellung des procurator omnium bonorum mit dem, der den Auftrag zum Erwerbe einer bestimmten Sache hat, weil Angesichts jener Gleichstellung die Frage einer Sonderung des Mandatswillens von dem Besitzwillen nicht aufgeworfen werden kann. Ebenso muß der Ratihabition einer Geschäftsführung ohne Auftrag rückwirkende Kraft in der Art zugeschrieben werden, daß der Besitz als von Anfang an erworben gilt, gleich als ob der Geschäftsführer Auftrag zum Besitzerwerbe gehabt hätte.[1] Die Consequenz des fraglichen Satzes führt endlich dahin, in allen Fällen auch die Ersitzung mit der Apprehension der Sache durch den Repräsentanten, nicht erst mit der Kenntniß von dem Apprehensionsacte auf Seite des Repräsentirten, beginnen zu lassen.

Das Constitutum possessorium steht unter der Bestimmung, daß die Uebergabe des Besitzes für vollzogen zu achten ist, wenn der bisherige Besitzer seinen Willen, die Sache fortan für einen Anderen in seiner Gewahrsam zu halten, rechtsgültig erklärt hat. Anwendungen dieses Satzes enthält das Landrecht dahin, daß durch die Erklärung des bisherigen Eigenthümers, er behalte sich von seiner Sache nur den Nießbrauch vor, derjenige, zu dessen Gunsten die Erklärung geschehe, den Besitz erwerbe, und daß der Vertrag, durch welchen der bisherige Eigenthümer eines Grundstücks dasselbe von einem Anderen miethe oder pachte, die Stelle der Einräumung des vollständigen Besitzes vertrete[2].

Indem das Landrecht eine rechtsgültige Erklärung fordert, will es den Besitzübergang an die Beobachtung der für Rechtsgeschäfte vorgeschriebenen Formen binden. Der Praxis hat die Frage, wie sich das Constitutum zu diesen Formen zu stellen habe, Schwierigkeiten

---

[1]) Vgl. U. des Ob. Trib. v. 18. Juli 1863 (Entsch. Bd. 50 S. 44).

[2]) I. 7 §§ 71—73.

gemacht. In einem älteren Erkenntniß des Ober-Tribunals [1]) ist ausgesprochen, daß die Besitzübertragung durch Constitutum bei einem Gegenstande von mehr als fünfzig Thalern, da die Folgen der Erklärung sich auf die Zukunft hinaus erstrecken (A. L. R. I. 5. § 133), eine schriftliche Erklärung des Constituenten erfordere. In einem späteren Urtheil desselben Gerichts [2]) wird der mündlich abgegebenen Erklärung des Verkäufers, die Sache leihweise behalten zu wollen, bei einem Kaufpreise von mehr als fünfzig Thalern die Wirkung des Besitzüberganges beilegt. Ein demnächst gefaßter Plenarbeschluß des Ober-Tribunals [3]) hat die Frage, ob es beim Kauf und Verkauf ohne Rücksicht auf den Gegenstand die Stelle der Uebergabe vertrete, wenn der Verkäufer mit dem Käufer sich mündlich dahin einige, daß ersterer die Sache für den letzteren in seiner Gewahrsam behalte, verneint, und bei einem Objecte von mehr als fünfzig Thalern eine schriftliche Erklärung für erforderlich erklärt. Man hat, wie das Sitzungsprotokoll besagt, die Frage auf den Fall des Kaufs und Verkaufs, bei dem sie streitig geworden war, beschränkt. Dabei hat man erwogen, daß, wenn ein Vertrag in medio sei, der, wie das Depositum und das Commodatum, ohne Rücksicht auf die Höhe des Objects mündlich errichtet werden könne, auch das Constitutum der Schriftform nicht bedürfe. — Mir sind diese Erwägungen nicht verständlich. Der Veräußerungsvertrag und der Vertrag, welcher den Besitzübergang vermittelt, müssen aus einander gehalten werden. Für die Frage des Besitzüberganges kommt es auf das Rechtsgeschäft an, mit dessen Abschluß der Besitzübergang geschieht. Dies Rechtsgeschäft aber ist, wenn die Willenseinigung den Inhalt hat, daß der Veräußerer die Sache für den Erwerber in seiner Gewahrsam behalten soll, ein Verwahrungs-, beziehungsweise Verwaltungsvertrag. Der Veräußerer wird zum Verwahrer der Sache, zum Verwalter fremden Besitzes. Sofern also der Veräußerungsvertrag als solcher in der zu seiner Rechtsgültigkeit erforderlichen Form geschlossen ist, kann in dem gedachten Falle die Schriftform nicht die Voraussetzung der Rechtsgültigkeit

---

[1]) U. v. 9. April 1833, Entsch. Bd. 2 S. 265.

[2]) U. v. 17. Juni 1839, Präj. Nro. 701, Präjudicien-Sammlung S. 23.

[3]) Plen.-Beschluß v. 20. Nov. 1854, Präj. Nro. 2574, Präj.-Samml. Bd. 2. S. 8, Entsch. Bd. 29 S. 1., J. M.-Bl. 1855 S. 23.

der Willenseinigung, durch welche der Besitzübergang vermittelt wird, sein. Anders freilich liegt die Sache, wenn der Veräußerer Nießbraucher der Sache werden soll, und es sich darum handelt, ob in der auf die Bestellung des Nießbrauchs gerichteten Willenseinigung der Besitzübergang zu finden ist. In diesem Falle ist bei einem Object über 50 Thaler die Schriftform erforderlich.

Unter den Begriff des Constitutums muß auch die Uebergabe durch Anweisung[1]) gebracht werden. Der Besitz soll in dem Zeitpunct übergehen, in welchem der neue Besitzer die an den Inhaber gerichtete Anweisung, den Besitz im Namen des neuen Besitzers fortzusetzen, annimmt. Es ist also nicht der Wille des Inhabers, der in dem neuen Besitzer das Bewußtsein der erlangten Macht über die Sache zur Entstehung bringen kann. Die mit der Anweisung und ihrer Annahme verbundene Wirkung des Besitzübergangs muß vielmehr in der Weise erklärt werden, daß in der Zustellung und Annahme der Anweisung eine Willenseinigung gefunden wird, nach welcher der bisherige Besitzer die Macht über die Sache, die er bisher in eignem Namen durch einen Dritten ausgeübt hat, fortan im Namen des neuen Besitzers durch jenen Dritten ausüben wolle und solle, bis der Dritte selbst den Willen, für den neuen Besitzer zu besitzen, angenommen haben werde.

§ 66. Die übrigen Codificationen.

Das französische Gesetzbuch enthält besondere Bestimmungen über den Besitzerwerb durch Repräsentanten nicht.

Auch dem österreichischen fehlen dieselben. Nur in Ansehung des Constitutums hat das letztere den Satz, daß derjenige, welcher bisher eine Sache im eigenen Namen rechtmäßig besessen habe, das Besitzrecht einem Anderen überlassen und sie künftig in dessen Namen inne haben könne.[2]) Randa bemängelt an der Fassung der Vorschrift, daß das Wort „rechtmäßig" unwesentlich und das Wort „Besitzrecht" ungenau sei. Er faßt dieselbe dahin auf, daß sie den römischen Rechtsgedanken wiedergebe, der von ihm dahin präcisirt wird, ein Constitutum sei vorhanden, wenn der Wille des bisherigen

---

[1]) Vgl. oben S. 262 f.

[2]) § 319; vgl. § 428.

Besitzers, im Namen eines Dritten zu besitzen, sich unzweideutig durch Worte, Zeichen oder concludente Handlung ausspreche.[1])

Das sächsische Gesetzbuch läßt den Besitz, wenn ein Auftrag zur Erwerbung des Besitzes vorliegt, durch den Apprehensionsact des Beauftragten, und wenn kein Auftrag ertheilt ist, erst von der Genehmigung ab erworben werden.[2]) Die römischrechtliche Controverse über die rückwirkende Kraft der Genehmigung wird also im Savigny'schen Sinne entschieden. Dasselbe scheint von der Controverse angenommen werden zu müssen, ob ein procurator omnium bonorum zum Besitzerwerb für den dominus ignorans befugt sei. Denn unter dem Auftrage zum Erwerbe des Besitzes, der als Voraussetzung des durch Apprehension des Mandatars ohne Kenntniß des Apprehensionsactes auf Seite des Machtgebers vermittelten Besitzerwerbes hingestellt wird, kann ein Mandat zur Vermögensverwaltung nicht wohl verstanden werden. Unentschieden läßt das Gesetz die Frage, ob ein auf den Erwerb des Besitzes an einer bestimmten Sache gerichteter Auftrag erforderlich ist, oder ob auch dann, wenn dem Mandatar die Wahl unter mehren Sachen gelassen ist, die Apprehension der gewählten Sache durch den Mandatar den Auftraggeber, bevor derselbe von der Apprehension Kenntniß erhalten, zum Besitzer machen könne. Der römische Satz, daß der Usucapionsbesitz des Repräsentirten von der erlangten Kenntniß der Besitzergreifung abhängig sei, ist damit, daß der Besitz für den Mandanten durch den Apprehensionsact des Mandatars erworben sein soll, ohne daß hier eine Einschränkung beigefügt ist, als abgethan anzusehen. In Ansehung des Constitutums enthält das sächsische Gesetzbuch folgende Bestimmung: „Wird durch ein Rechtsgeschäft des bisherigen Besitzers mit einem Anderen der Besitz des ersteren in eine Inhabung für den letzteren verwandelt, so ist dies als eine Uebergabe des Besitzes an diesen anzusehen." Endlich setzt es fest, daß, wenn ein Dritter Inhaber der Sache für den bisherigen Besitzer ist, zu dem den Uebergang des Besitzes bezweckenden Rechtsgeschäfte die Anweisung des Besitzers an den Dritten, die Inhabung für den neuen Besitzer fortzusetzen, hinzukommen muß.[1]) Mit dieser letzteren Bestimmung wird die

---

[1]) Besitz S. 201.

[2]) § 203.

Möglichkeit einer Besitzübertragung durch Constitutum in der Art, daß der Veräußerer, für den ein Anderer detinirt, durch diesen im Namen des Erwerbers als dessen Repräsentant den Besitz fortsetzt, auch ohne daß der Detentor von der Veräußerung und dem Besitzübergange Kenntniß erhält, nicht ausgeschlossen. Wenn also der Besitzer eines Landguts, der dasselbe durch einen Verwalter detinirt, das Gut einem Anderen verkauft und es gleichzeitig vom Käufer pachtet, so geht der Besitz durch Constitutum auf den Käufer über, auch wenn der Verwalter den nunmehrigen Pächter nach wie vor für den Besitzer hält.

§ 67. Erwerb des Besitzes der von dem Veräußerer dem Erwerber übersandten Sache.

Nach römischem Recht steht der Erwerb des Besitzes einer von dem Veräußerer übersandten Sache unter den Rechtsnormen, welche den Erwerb des Besitzes durch Mittelspersonen bestimmen. Durch einen vom Empfänger bestellten Mandatar und durch einen negotiorum gestor des Empfängers kann für den letzteren der Besitz erworben werden. Auch ein bloßer vom Empfänger abgeschickter Bote kann als Gehilfe des Empfängers den Besitzerwerb vermitteln, wenn der Tradent mit der Hingabe der Sache an den Boten den Empfänger zum Besitzer machen, und der Bote den ihm übertragenen Dienst leisten, die Sache für seinen Absender abholen will.

Dagegen ist eine Mittelsperson, welche von dem Absender angenommen ist, um die Sache dem Erwerber zu überbringen, weder Repräsentant für den Besitzerwerb, noch kann sie als Gehilfe des Erwerbers in der Art den Besitzerwerb vermitteln, daß der Empfänger mit der Zustellung der Sache an einen solchen Ueberbringer Besitzer wird. Auch der Fall, wenn dem Veräußerer von dem Erwerber eine bestimmte Art der Uebersendung vorgeschrieben ist und der Veräußerer diese Anweisung befolgt, macht keinen Unterschied, sofern nicht etwa der Absender im Namen des Erwerbers die Mittelsperson in der Art angenommen hat, daß dieselbe damit zum Repräsentanten des Erwerbers geworden ist.

---

[1]) § 201.

Liegt keiner der Fälle vor, in denen die Mittelsperson für den Empfänger Besitz erwirbt, so geschieht der Besitzerwerb durch den letzteren erst mit der Zustellung der Sache an den Empfänger seitens des Ueberbringers.

Neuere Codificationen haben abweichende Bestimmungen. Das preußische Recht verbindet, wie mit der Aushändigung der Sache an den Bevollmächtigten des Käufers, so auch mit der Aufgabe der Sache zur Post und mit der Ueberlieferung derselben an den Fuhrmann oder Schiffer die Wirkung des Besitzübergangs, wenn die Uebermachung nach der Anweisung des Erwerbers geschehen oder wenn von diesem die Art derselben dem Gutbefinden des Verkäufers ausdrücklich oder stillschweigend überlassen worden ist. Kommt der Veräußerungsvertrag erst zu Stande, wenn die Sache sich schon auf dem Transport befindet, so wird die Tradition in dem Zeitpunkt als geschehen angenommen, in welchem der Erwerber die Art der Uebersendung erfährt und solche ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt.[1] Das österreichische Gesetzbuch läßt von der Regel, daß die Tradition erst in dem Zeitpunkt, in welchem der Erwerber die Sache erhalten, als geschehen anzunehmen sei, eine Ausnahme eintreten, wenn der Erwerber die Ueberschickungsart selbst bestimmt oder genehmigt hat.[2] Das sächsische Gesetzbuch setzt ebenfalls fest, daß, wenn der Empfänger die Art der Uebersendung bestimmt habe, der Besitzerwerb mit der Uebergabe zur Absendung in der bestimmten Art eintrete.[3]

Die Vorschrift des preußischen Rechts und die des österreichischen sind damit zu erklären, daß beide Rechte in dem Zeitpunkt der nach der Anweisung des Erwerbers geschehenen Absendung der Sache den Uebergang der Gefahr auf den Erwerber regelmäßig eintreten lassen, und daß man auf denselben Zeitpunkt den Uebergang des Besitzes und damit den des Eigenthums hat fixiren wollen.[4] Für das sächsische Recht trifft diese Erklärung jedoch nicht zu, da dasselbe betreffs der Gefahr der verkauften Sache den römisch-rechtlichen Gesichtspunkt hat.[5]

---

[1]) A. L. R. I. 11. §§ 128 ff.

[2]) § 429.

[3]) § 204.

[4]) A. L. R. I. 11. §§ 95 ff. 130; österr. Gesetzb. §§ 1064. 1049.

[5]) §§ 866 f.

Es fragt sich, ob die fraglichen Bestimmungen der gedachten Codificationen unter eine juristische Formel sich überhaupt bringen lassen, und eventuell unter welche. Aus dem Uebergang der Gefahr kann der Uebergang des Besitzes nicht erklärt werden. Ebensowenig daraus, daß der Absender, der nach der Anweisung des Empfängers die Sache zum Transport gegeben, seiner Traditionspflicht genügt hat, also in diesem Betracht in keinem obligatorischen Bande zum Empfänger mehr steht. Es muß sich eine Construction für die Annahme finden lassen, daß die Macht über die Sache mit jener Absendung auf den Destinatar übergeht. An sich bleibt diese Macht der Absendung ungeachtet bei dem Absender, wenn der Wille der Mittelsperson dem nicht entgegentritt. Ein Uebergang des Besitzes läßt sich daher nur so construiren, daß man den Willen des Absenders selbst als auf den Besitzübergang und den des Destinatars als auf den Besitzerwerb gerichtet ansieht. Es muß in der durch den Destinatar geschehenen und vom Absender angenommenen Bestimmung der Art der Uebersendung, beziehungsweise in der angenommenen Ermächtigung zur Bestimmung eine Willenseinigung zwischen dem Absender und dem Destinatar gefunden werden, nach welcher der Absender die Macht über die Sache nicht mehr in eigenem Namen, sondern nur noch im Namen des Destinatars haben solle und wolle. Man muß den Absender mit dem Acte der Absendung zum Repräsentanten des Empfängers werden lassen in der Art, daß die vom Absender zum Zweck der Beförderung der Sache an den Empfänger angenommene Mittelsperson zwar ihrerseits unmittelbar im Dienste des Absenders steht, aber doch mittelbar, insofern der Absender seine Rechte aus dem Dienstverhältnisse dem Besitzwillen des Empfängers unterordnet und dadurch Repräsentant des Empfängers wird, die Sache für den Empfänger detinirt. Eine solche Construction des Besitzübergangs auf den Empfänger steht innerhalb der Consequenz der römischrechtlichen Sätze. Der Besitz geht durch Constitutum über. Der bisherige Besitzer wird zum Verwalter fremden Besitzes, und er bedient sich zu dieser Verwaltung eines Dritten.[1]) Die einzige Schwierigkeit liegt darin,

[1]) Hängt der Besitzübergang von der Genehmigung der gewählten Uebersendungsart durch den Destinatar ab, so muß man das Rechtsverhältniß als negotiorum gestio construiren.

daß die Bestimmung der Art der Uebersendung durch den Empfänger, beziehungsweise die Ermächtigung des Absenders durch den Empfänger, die Bestimmung selbst zu treffen, und die demnächst erfolgte Absendung nach Maßgabe jener Bestimmung oder Ermächtigung an sich, d. h. abgesehen von der positiven Gesetzgebung, nicht nothwendig auf den Willen, den Besitzübergang eintreten zu lassen, schließen läßt.[1]) Diese Schwierigkeit ist freilich groß genug, um vom Standpunct des Gesetzgebers aus erhebliche Bedenken gegen jene Vorschriften, so weit sie den Besitzerwerb bestimmen, rege zu machen. De lege condita aber bleibt, wenn der Besitzübergang nicht ganz außerhalb der Rechtsconsequenz stehen soll, nur übrig, daß man ihn

---

[1]) Hauser nimmt, wenn ich seine Ausführungen (a. a. O. S. 62—68) richtig auffasse, in dem Falle, wenn der Käufer dem Verkäufer eine Person, welcher die Waare ausgehändigt und die für den Transport an ihn Sorge tragen soll, bezeichnet hat, einen Besitzübergang in der Art an, daß die Mittelsperson, auch wenn sie von den eigentlichen Besitzverhältnissen keine Kenntniß habe, negotiorum gestor des Käufers werde (es wird also vorausgesetzt, daß der Verkäufer nicht Namens des Käufers mit der Mittelsperson wegen der Besorgung des Transports contrahirt habe) — und daß der Käufer durch diese Mittelsperson, da er die negotiorum gestio dem Verkäufer gegenüber im Voraus genehmigt habe, mit der Aushändigung der Waare an dieselbe den Besitz erwerbe. — Ich vermag mir in diesem Falle eine negotiorum gestio für die Vertretung zum Besitzerwerbe nicht zu construiren. Die Mittelsperson, auch wenn sie vom Käufer bezeichnet ist, steht, „wenn sie von den eigentlichen Besitzverhältnissen keine Kenntniß hat", doch immer nur in rechtlichen Beziehungen zum Verkäufer, der ihr die Besorgung des Transports aufgetragen hat, und ihr Verhältniß zum Verkäufer ist ein Dienstverhältniß, durch welches sie den Verfügungen des Verkäufers unterworfen bleibt. Sie will dem Käufer die Sache bringen, aber nur in Ausführung des Dienstes, zu dem sie sich gegen den Verkäufer verpflichtet hat. — S. 65 erklärt es Hauser indeß für die Regel, daß nicht in Geschäftsführung für den Adressaten übernommen, sondern daß lediglich zur Weiterbeförderung an den Adressaten übergeben werde. Für solche Fälle nimmt Hauser eine Vertretung des Käufers durch den Verkäufer bei Abgabe der Sache zur Weiterbeförderung, also ein Constitutum an, durch welches der Käufer durch den Verkäufer Besitz erwerbe. Damit scheint mir für alle Fälle der Absendung der Waare von dem Verkäufer an den Käufer abgesehen von dem Falle, wenn die Mittelsperson den Willen hat, als Repräsentant des Käufers Besitz zu erwerben, das Richtige getroffen zu sein, vorausgesetzt, daß eine solche Besitzvertretung von den Contrahenten beabsichtigt ist. Aber freilich kann ich nicht anerkennen, daß der aus dem Vertragsabschluß und der Thatsache der vom Käufer gewollten Absendung auf die Absicht der Besitzvertretung von Hauser gemachte Schluß ein genügend sicherer ist.

mit Hülfe einer gesetzlichen Interpretationsregel stattfinden läßt, als wenn Empfänger und Absender ihn gewollt hätten.

Die délivrance, welche nach französischem Recht der Veräußerer vorzunehmen hat, ist dem Wortlaut nach Uebertragung der Macht des Veräußerers auf den Erwerber. Wenn aber die Sache dem Erwerber überschickt werden muß, so genügt schon die bloße Willenseinigung der Contrahenten, um die délivrance als geschehen anzusehen.[1]) Der Veräußerer besitzt also die Sache im Namen des Erwerbers, bis sie in die Hände des letzteren kommt.

§ 68. Connossement, Ladeschein und Auslieferungsschein.

Schwierigkeiten hat die Frage gemacht, wie in Ansehung der Waare, welche einem Schiffer oder einem Fuhrmann zum Transport übergeben ist und über die der Schiffer ein Connossement, der Fuhrmann einen Ladeschein ausgestellt hat, die Besitzverhältnisse zu beurtheilen sind.[2])

---

[1]) C. c. art. 1606.

[2]) Die Literatur über die vorliegende Frage und der Stand der Controverse ist bei Exner, Rechtserwerb durch Tradition S. 186—211, und bei Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 1. Abth. 2. S. 700—732, 764 ff. angegeben. Exner zeigt, daß eine Besitzübertragung durch Connossementsübermittelung sich weder in der Art construiren lasse, daß der Schiffer als Vertreter des Destinatars erwerbe, noch durch Annahme eines Constitutums, durch welches der Absender Vertreter des Destinatars werde, noch durch Annahme einer unmittelbaren Tradition nach Analogie der Einhändigung der Schlüssel, noch endlich durch Annahme einer symbolischen Tradition. Ferner legt er dar, daß auch diejenigen Auffassungen nicht befriedigen, nach welchen das dingliche Recht auf die Waare erst mit der „wirklichen Inbesitznahme" derselben erworben werde. Er gelangt zu dem Resultate, den Erwerb des dinglichen Rechts auf die Waare mit dem Empfange des Connossements zu verbinden, aber in der Art, daß der Erwerb des dinglichen Rechts unabhängig von dem Erwerbe des Besitzes (vgl. auch Exner in Pözl Vierteljahrschr. Bd. 13. VII.) sei. — Goldschmidt findet in der Verbindung des Besitzerwerbes der Waare mit dem Erwerb des Papiers eine consequente Durchführung der Grundsätze des bürgerlichen Rechts vom Besitzerwerb durch Stellvertreter, ohne zwischen dem Orderpapier und dem nicht an Order ausgestellten zu unterscheiden. Meine Abweichungen von Goldschmidt, mit dessen Auffassungen ich in höherem Grade übereinstimme, als mit denen der übrigen Schriftsteller, bestehen darin, daß ich bei dem Orderpapier die Besitzfrage wesentlich anders beurtheile, als bei dem nicht an Order lautenden, und daß ich den Schiffer und Fuhrmann auch beim

Für die Orderconnossemente enthält das allg. deutsche Handelsgesetzbuch die Bestimmung, daß die Uebergabe des Connossements an denjenigen, welcher durch dasselbe zur Empfangnahme der Güter legitimirt werde, sobald die Güter wirklich abgeladen seien, für den Erwerb der von der Uebergabe der Güter abhängigen Rechte dieselben rechtlichen Wirkungen habe, wie die Uebergabe der Güter (Art. 649).

Liegt also ein Vertrag vor, durch den der Empfänger mit der Uebergabe der Güter selbst Eigenthümer werden würde, so entsteht dies Eigenthum, wenn die Waare abgeladen ist, mit der Uebergabe des Connossements an die durch dasselbe zur Empfangnahme der Güter legitimirte Person. Ebenso kann die Uebergabe des Connossements dem Empfänger ein Pfandrecht an der Waare verschaffen, wenn ein auf Pfandbestellung gerichteter Vertrag vorliegt. Auch das gesetzliche Pfandrecht an der Waare gelangt zur Entstehung, wenn der Gläubiger durch Uebergabe des Connossements zur Empfangnahme des Gutes legitimirt wird und dadurch in die Lage kommt, über das Gut zu verfügen. Es versteht sich von selbst, daß die Entstehung des Eigenthums oder des Pfandrechts auf die Grenzen der Möglichkeit beschänkt werden muß. Ist die Waare auf dem Transport durch Veruntreuung des Schiffers, durch Verkauf wegen einer Bodmereischuld oder auf andere Weise in andere Hände gekommen und in das Eigenthum eines redlichen Erwerbers gelangt, so ist die Wirkung des Eigenthumsüberganges ausgeschlossen.

Das objective Recht könnte sich mit der Lösung der Frage begnügen, wer Eigenthümer der Waare geworden, beziehungsweise ein dingliches Recht an derselben erlangt hätte. Nach Art. 306 H. G. B. werden Waaren und andere bewegliche Sachen, die ein Kaufmann in seinem Handelsbetriebe veräußert und übergeben hat, Eigenthum des redlichen Erwerbers, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer

---

Orderpapier, wenn dasselbe weiter begeben worden, nicht als Besitzvertreter des Inhabers ansehe, sondern lediglich in dem Dienstverhältniß des Schiffers und des Fuhrmanns das Medium, durch welches der Inhaber des Papiers Besitzer der Waare ist, erkenne, und, wenn dies Medium versagt, wie in dem Falle, daß mehre Exemplare des Connossements oder des Ladescheins in verschiedene Hände gelangt sind, einen Besitzübergang durch Uebertragung des Connossements nicht annehme.

gewesen ist. Eine Ersitzung kann also nicht wohl in Frage kommen. Die Lösung der Besitzfrage behufs Bestimmung der Voraussetzungen eines possessorischen Schutzes ist ebenfalls kein Bedürfniß.

Die Besitzfrage würde in der That eine bloße Schulfrage ohne praktisches Interesse sein, wenn in Ansehung der Mobilien der Eigenthumsschutz auf den Erwerb des Eigenthums gestellt bliebe. Derjenige, der durch Uebergabe des Connossements Eigenthümer geworden, hätte alsdann seine auf den vorangegangenen Vertrag und die Uebergabe des Connossements zu gründende Eigenthumsklage. Die entsprechende Klage wäre auch dem Pfandgläubiger gegeben.

Praktische Bedeutung hat die Besitzfrage jedoch, wenn der Schutz des Eigenthums und der dinglichen Rechte an Mobilien nicht auf den Rechtserwerb, sondern auf den Besitz der Sache gestellt wird.[1]) Es fragt sich also, bei welcher Person treffen die Voraussetzungen des Besitzes der Waare nach ihrer Abladung und nach Ausstellung des Orderconnossements durch den Schiffer zu?

Der Schiffer hat das Connossement nach Abladung der Waare auf Verlangen des Abladers an die Order des Empfängers oder lediglich an Order, d. h. an die Order des Abladers, auszustellen (Art. 644. 645. 646). Nach Ausstellung des Connossements darf er den Anweisungen des Abladers wegen Zurückgabe oder Auslieferung der Güter nur dann Folge leisten, wenn ihm die sämmtlichen Exemplare des Connossements zurückgegeben werden. (Art. 661.)

Hieraus folgt, daß der Ablader seinen Besitz an der Waare, wenn er bei der Abladung Besitzer gewesen ist, so lange behält, als er in der Lage bleibt, dem Schiffer die Connossementsexemplare zurückzugeben. Er setzt also seinen Besitz durch den Schiffer fort. Aber ist der Schiffer sein Repräsentant im Besitze? Doch nur so lange, als der Schiffer weiß, daß der Ablader zur Zurückgabe des Connossements im Stande ist. Von dem Zeitpunkt ab, wo der Schiffer in dem Ablader nicht mehr den Inhaber des Connossements erkennt oder erkennen kann, also regelmäßig nach begonnener Fahrt, hört sein Repräsentationsverhältniß dem Ablader gegenüber auf. Denn es kann Niemand den, welchen er als Herrn der Sache nicht mehr anerkennen will oder anerkennen kann, im Besitz der Sache

[1]) Vgl. oben § 38. Im übrigen verweise ich auf die noch folgende Ausführung im § 78.

repräsentiren. Dennoch wird man sagen müssen, daß der Ablader im Besitz bleibt und seinen Besitz durch den Schiffer fortsetzt. Der Beruf des Schiffers, zu welchem derselbe angenommen und bestellt wird, ist der Transport der Waare und die Uebergabe derselben an die Person, welche sich als empfangsberechtigt dereinst legitimiren wird. Diese dienstliche Stellung des Schiffers vermittelt, so lange der Schiffer sich innerhalb seines Berufs bewegt und so lange der Ablader das Connossement nicht fortgibt, die Fortdauer des Besitzes des Abladers.

Damit ist auch die Lösung der Besitzfrage für den Fall gegeben, wenn der Ablader das an die Order des Empfängers ausgestellte Connossement an diesen abgesandt oder das an seine eigene Ordre ausgestellte weiter begeben hat. Der Besitz des Abladers hört mit der damit für ihn eintretenden Unmöglichkeit, über die Waare anderweit zu verfügen, auf.[1] Dieselbe Möglichkeit der Verfügung, welche der Ablader bis dahin hatte, geht auf den neuen Inhaber des Connossements über, und derselbe Grund, der dafür spricht, den Besitz des Abladers fortdauern zu lassen, so lange das Connossement von dem letzteren zurückgegeben werden kann, auch wenn der Schiffer aufgehört hat, Besitzvertreter des Abladers zu sein, rechtfertigt die Annahme, daß der Destinatar, an den das Connossement geschickt ist, beziehungsweise der Indossatar des Abladers — überall vorausgesetzt, daß ein Rechtsgeschäft vorliegt, welches ein Recht auf den Besitz begründet — mit dem Empfange des Connossements auch den Besitz der Waare erhält, und daß unter der gleichen Voraussetzung mit jeder Weiterbegebung des Connossements auch der Besitz der Waare auf den Empfänger des Connossements übergeht. Besitzvertreter kann der Schiffer für keinen späteren Inhaber des Connossements mehr sein. Der Vertreter muß sich seines Berufs zur Vertretung bewußt werden. Wer als Vertreter eines Anderen zum Zweck des Besitzerwerbs gelten soll, muß also wissen,

---

[1] Ueber das Rückforderungsrecht des unbezahlten Absenders vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 725 f. Die preußische Konkursordnung v. 8. Mai 1855 schließt das Rückforderungsrecht gegen den Dritten aus, der in gutem Glauben die Waare auf Grund des Connossements gekauft hat (§ 27.3). — Vgl. auch den § 36 des neuen Entwurfs einer Konkursordnung. Die Motive dieses Entwurfs ergeben, daß man dabei an ein Rückgängigmachen des Eigenthumsüberganges, an ein Wiederverschaffen des aufgegebenen Besitzes gedacht hat. (S. 168.)

daß er Besitz und für wen er ihn zu erwerben hat. Der Schiffer aber weiß nicht einmal, an wen er die Waare abzuliefern haben, ob sie der Ablader gegen Rückgabe des Connossements zurückfordern, oder ob ein Dritter mit der Urkunde sich zum Empfang melden wird.[1]) Man mag den Schiffer, wenn man ihn als Vertreter bezeichnen will, Vertreter des Abladers für den Transport der Waare nennen, so wie der Wächter, den der Käufer eines Holzhaufens bei demselben angestellt hat, (l. 51 de poss.) und der nicht weiß, daß in seiner Abordnung zur Bewachung des Holzhaufens der Apprehensionsact für den Käufer liegt, Vertreter für die Bewachung ist.[2]) In dieser Vertretung des Abladers für den Transport und in der dienstlichen Stellung, in welche der Schiffer mit Uebernahme der Waare zum Transport tritt, liegt alsdann für jeden späteren Connossementsinhaber die Möglichkeit, den Schiffer als die Mittelsperson, durch die er besitzt, anzusehen. Indem jene dienstliche Stellung des Schiffers es mit sich bringt, daß der Schiffer den Dispositionen über die Waare, welche der Ablader trifft, und den weiteren Verfügungen, welche durch die erste Disposition des Abladers möglich werden, schließlich, wenn es sich um die Ablieferung der Waare handelt, nachzukommen hat, wird für jeden späteren Connossementsinhaber ein durch den vom Schiffer übernommenen Beruf vermitteltes Machtverhältniß zur Sache hergestellt, das so sicher ist, wie es eben unter den obwaltenden Verhältnissen sein kann. Daß der Inhaber des Connossements nicht die Absicht zu haben braucht, die Ankunft der Waare am Bestimmungsorte abzuwarten und sich auch räumlich zum Herrn derselben zu machen, daß er vielmehr den Willen haben kann, das Connossement

[1]) Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 723 und oben S. 302 Anm. 2, wo die Auffassung Goldschmidt's betreffend die Besitzvertretung des Connossementsinhabers durch den Schiffer referirt wird. Kann aber eine Stellvertretung für den Besitzerwerb angenommen werden, wenn der Vertreter nicht weiß, daß er Besitz erwirbt? Und steht der Goldschmidt'schen Construction nicht die eigene Erwägung Goldschmidt's (S. 720) entgegen, daß der Schiffer nicht wisse und sich nicht darum kümmere, in welchem Verhältniß der Connossementsinhaber zur Waare stehen solle und wolle? — Bei Hauser Stellvertretung (S. 87) tritt der Besitzerwerbungswille des Repräsentanten als Requisit für den Besitzerwerb des Repräsentirten ganz zurück. Hauser unterscheidet den Repräsentanten für den Besitzerwerb überall nicht von dem Gehilfen zum Zweck des Besitzerwerbes. (Vgl. oben S. 277 Note 1. S. 290 Note 1, S. 301 Note 1.

[2]) Vgl. oben S. 270 Note 1.

selbst als Waare, d. h. als Werthpapier, anzusehen und zu verwerthen, ändert nichts.

Zugegeben muß freilich werden, daß das römische Recht keine Analogie für die Annahme des Besitzes eines Connossementsinhabers bietet. Eine gewisse Aehnlichkeit damit möchte die Tradition durch Uebergabe der Schlüssel apud horrea haben. Mit dieser Tradition geht der Besitz, und wenn der Verkäufer Eigenthümer gewesen ist, auch das Eigenthum der Waare auf den Käufer über. Ist aber die Waare vor der Einhändigung der Schlüssel fortgeschafft, ist sie beispielsweise vom Procurator des Verkäufers, ohne daß der letztere davon Nachricht erhalten, verkauft und in Besitz und Eigenthum eines Anderen übergegangen, so kann selbstverständlich vom Uebergange des Besitzes und Eigenthums durch Aushändigung der Schlüssel nicht die Rede sein. Die Tradition ist gegenstandslos. Aehnlich, wenn bei Uebertragung des Connossements die Waare vom Schiffer veruntreut oder auch ordnungsmäßig veräußert und in Eigenthum und Besitz eines Dritten gelangt war. Aber die Tradition durch Einhändigung der Schlüssel soll wenigstens apud horrea erfolgen, der Käufer in der Lage sein, sich zu überzeugen, ob die Waare, die ihm tradirt wird, da ist. Die Annahme eines Besitzübergangs durch Connossement geht also über die durch das römische Recht dem Besitzerwerbe gestellten Grenzen hinaus. Daß die Römer, wenn sie das Orderconnossement gekannt hätten, einen Besitzwechsel betreffs der Waare mit dem Wechsel des Inhabers des Connossements angenommen haben würden, ist schwer zu sagen. Es lassen sich allerlei Muthmaßungen darüber aufstellen, wie die Römer sich mit den Rechtsbedürfnissen unseres Handelsverkehrs abgefunden haben würden, wenn dieselben bei ihnen hervorgetreten wären, Muthmaßungen, an deren Entwickelung nichts gelegen sein kann. Soviel scheint mir jedenfalls vorzuliegen, daß, wenn man überall einen Besitz an der auf dem Transport befindlichen Waare annehmen will, bei keiner anderen Person die Voraussetzungen des Besitzes in Ansehung des Besitzwillens und seiner Realisirung in höherem Grade zutreffen, als bei dem Inhaber des Connossements.

Dagegen halte ich für den Fall, daß mehre Connossementsexemplare ausgestellt und in verschiedene Hände gelangt sind, eine Construction des Besitzübergangs der Waare mit der Uebertragung des Connossements nicht für möglich. Das Handelsgesetzbuch bestimmt,

daß in solchem Falle die Prävention in der Art entscheiden soll, daß gegen den Inhaber eines Connossementsexemplars, welcher vom Schiffer im Löschungshafen die Auslieferung der Güter erlangt hat, bevor der Anspruch auf Auslieferung von Inhabern anderer Connossementsexemplare erhoben worden ist, die nach Art. 649 von der Uebergabe des Connossements abhängigen rechtlichen Wirkungen von den Inhabern der anderen Exemplare nicht geltend gemacht werden können. (Art. 650). Vor der stattgehabten Auslieferung der Güter an den einen Connossementsinhaber aber soll unter mehren Connossementsinhabern derjenige vorgehen, dessen Exemplar von dem gemeinschaftlichen Vormann, welcher mehre Connossementsexemplare an verschiedene Personen übertragen, zuerst der einen dieser Personen behufs ihrer Legitimation zur Empfangnahme der Güter übergeben worden ist (Art. 561). Damit ist für keinen der mehren Inhaber verschiedener Exemplare die Möglichkeit, sich als Besitzer der Sache anzusehen, gegeben. Denn keiner weiß, ob er im Löschungshafen vor dem anderen den Anspruch auf Auslieferung wird erheben können, und ob es ihm möglich sein wird, die Auslieferung zu erlangen, bevor ein anderer sich meldet.[1]) Es bleibt nur übrig, von dem Zeitpunct ab, wo mehre Connossementsinhaber vorhanden sind, bis zur Auslieferung der Waare im Löschungshafen die Besitzfrage als suspendirt anzusehen.

Soviel vom Orderconnossement. Wesentlich anders liegt die Sache beim Namensconnossement. Das Handelsgesetzbuch enthält für letzteres keine Bestimmung, wie sie für das erstere im Art. 649 gegeben ist. Damit würde zwar nicht ausgeschlossen sein, daß die an die Uebergabe des Orderconnossements geknüpften Rechtswirkungen auch mit der Uebergabe des Namensconnossements zu verbinden wären, wenn diese Verbindung sich anderweit als nothwendig ergäbe. Aber letzteres ist nicht anzuerkennen. Das Handelsgesetzbuch enthält für das Namensconnossement die Bestimmung, daß der Schiffer zur Zurückgabe oder Auslieferung der Güter auch ohne Beibringung

[1]) Goldschmidt, a. a. O. S. 730, sieht den berechtigten Connossementsinhaber als juristischen Besitzer der Waare an, und will diese Berechtigung nach der Priorität der Begebung von demselben Vormann beurtheilt wissen. Eine Erklärung dafür, wie ein Besitz irgend eines der mehren Connossementsinhaber mit dem Satze des Handelsgesetzbuchs, nach welchem die Priorität der Auslieferung entscheidet, bestehen kann, gibt Goldschmidt nicht.

eines Exemplars des Connossements verpflichtet ist, sofern der Ablader und der im Connossement bezeichnete Empfänger in die Zurückgabe oder Auslieferung der Güter willigen, vorbehaltlich der Befugniß des Schiffers, wegen der aus der unterbleibenden Rückgabe des Connossements oder auch nur eines der Connossementsexemplare zu besorgenden Nachtheils zuvor Sicherstellung zu fordern (Art. 661 Abs. 4.) Dieser Satz scheint mir eine Verbindung des Ueberganges von Eigenthum und Besitz mit dem Uebergange des Connossements auszuschließen.

Indem der Schiffer dem Ablader ein Connossement auf den Namen des Empfängers ausstellt, bleibt er den Verfügungen des Abladers unzweifelhaft zunächst so lange unterworfen, als der Ablader in der Lage bleibt, dem Schiffer die Urkunde zurückzugeben. Bis dahin setzt der Ablader seinen Besitz aus denselben Gründen fort, aus denen er den Besitz behält, wenn er ein Orderconnossement des Schiffers in Händen hat. Wird das Namensconnossement dem Destinatar, auf dessen Namen es ausgestellt ist, übermacht, so geht der Besitz der Sache auf den Destinatar wiederum aus denselben Gründen über, aus welchen beim Orderconnossement der Destinatar, an dessen Ordre es ausgestellt ist, durch Empfang der Urkunde Besitzer der Waare wird. Aber jeder andere Besitzübergang der Waare durch Uebertragung des Connossements ist ausgeschlossen. Das Recht auf Ablieferung der Waare kann vom Destinatar einem Dritten cedirt werden, und dieser durch die Cession und die Uebergabe des Connossements ein obligatorisches Recht auf Ablieferung der Waare gegen den Schiffer erhalten. Der Schiffer kann auch durch entsprechende Willenserklärungen zum Besitzrepräsentanten eines solchen Connossementsinhabers werden. Aber das Dienstverhältniß des Schiffers mit den dem letzteren gesetzlich obliegenden Verpflichtungen vermittelt an sich nicht, wie dies beim Orderconnossement der Fall ist, ein Machtverhältniß des Cessionars und Connossementsinhabers zur Sache. Der Schiffer, der nicht aus besonderen Gründen Besitzvertreter des Cessionars geworden ist, muß vermöge seines Dienstverhältnisses den Ablader oder den Destinatar, auf dessen Namen das Connossement ausgestellt ist, als Herrn der Sache ansehen, und zwischen diesen beiden Personen bestimmt sich die Frage des Besitzes der Waare darnach, wer von ihnen das Connossement in Händen hat. Befindet sich keiner von ihnen im Besitz desselben, so sind sie, auch

wenn einem Dritten das Recht auf Ablieferung eingeräumt und das Connossement übertragen ist, wenigstens gemeinschaftlich in der Lage, über die Waare zu verfügen, und der Schiffer muß vermöge seines Dienstverhältnisses solche Verfügung respectiren. Zwischen ihnen beiden mag dann die Besitzfrage nach ihrem Rechtsverhältniß zu einander zum Austrage gebracht werden. Jener Dritte behält zwar das Recht auf Ablieferung gegen den Schiffer. Aber ein dingliches Recht hat er so wenig, wie er durch die Cession und den Besitz des Connossements den Besitz der Waare erwirbt.

Schwieriger ist die Frage, ob ein Besitzübergang auch durch Uebertragung eines Ladescheins vermittelt werden kann. Eine gesetzliche Gleichstellung des Ladescheins als des Binnenconnossements mit dem Seeconnossement ist bei Redaction des Handelsgesetzbuchs nicht beliebt worden. Grade in den beiden Puncten, welche ich für die Bestimmung der Besitzfrage betreffs des Seeconnossements für besonders wesentlich ansehe, enthält das Handelsgesetzbuch für den Ladeschein andere Vorschriften, als für das eigentliche Connossement. Einmal ist der im Art. 649 niedergelegte Rechtssatz für den Ladeschein nicht gegeben. Die Versuche, bei der Redaction des H.G.B. eine dem Art. 649 entsprechende Bestimmung für den Ladeschein in das Gesetzbuch zu bringen, haben keinen Erfolg gehabt. Zuletzt ist die Aufnahme an der von hamburgischer Seite aufgestellten Erwägung gescheitert, daß für Hamburg zwar in Ansehung des Verkehrs mit Connossementen, aber nicht in Ansehung des Verkehrs mit Ladescheinen das Recht der „stoppage in transitu“ geregelt sei, und daß mit der Ausdehnung der Bestimmung des Art. 649 auf Ladescheine der Absender leicht in Nachtheil versetzt werden könne. Der gegen diese Erwägung vorgebrachte Einwurf, daß im Einführungsgesetz für Hamburg die Bestimmungen über stoppage in transitu, welche für Seeconnossemente gelten, auf Ladescheine ausgedehnt werden könnten, ist unberücksichtigt geblieben. Die Ausdehnung des im Art. 649 enthaltenen Rechtssatzes auf Ladescheine ist definitiv abgelehnt worden.[1]) Auf der anderen Seite ist die Vorschrift des Art. 661, nach welcher bei nicht an Order lautenden Connossementen der Schiffer auch ohne Beibringung eines Exemplars des Connossements unter Voraussetzung der Einwilligung des Abladers und des im Connossement bezeichneten

---

[1]) Protokolle S. 4775.

Empfängers zur Zurückgabe oder Auslieferung der Güter verpflichtet ist, ebenfalls auf Connossemente eingeschränkt geblieben, und für Ladescheine ist allgemein bestimmt, daß der Frachtführer nur gegen Rückgabe des Ladescheins zur Ablieferung des Gutes verpflichtet ist (Art. 418).

Trotz dieser verschiedenen Redaction scheint mir die Besitzfrage bei dem Ladeschein ebenso wie bei dem Connossement beurtheilt werden zu müssen. Ist ein Ladeschein als Orderpapier ausgestellt, so liegt kein Grund vor, dem Inhaber des Ladescheins eine geringere Verfügungsmacht über die Waare beizulegen, als sie der Inhaber des Connossements hat. Diese Macht könnte nur durch ein weitergehendes Recht der stoppage in transitu im Verhältniß zur Macht des Connossementsinhabers geschmälert sein. Aber abgesehen davon, daß das Verfolgungsrecht des unbezahlten Absenders, wie Goldschmidt richtig hervorhebt, nur particularrechtlich ist [1]), steht dasselbe der Annahme eines Besitzübergangs nicht entgegen. Das Recht ist nicht der Ausfluß eines retinirten Besitzes. Es handelt sich dabei um den Wiedererwerb eines aufgegebenen Besitzes. [2]) Ist der Ladeschein nicht an Order ausgestellt, so liegt wieder kein Grund vor, dem Cessionar, der Inhaber des Ladescheins ist, eine größere Verfügungsmacht zuzuschreiben, als dem Cessionar, der Inhaber des Connossements geworden ist. Daß die Bestimmung, welche der Frachtführer zur Ablieferung des Gutes nur gegen Rückgabe des Ladescheins verpflichtet, die Beziehung zwischen der Waare und dem Absender oder dem Empfänger, der außer Stande ist, den Ladeschein zurückzugeben, nicht aufhebt, liegt auf der Hand. Es bedarf auch keines Aufgebots- und Amortisationsverfahrens, wenn ein nicht an Ordre lautender Ladeschein nicht wieder herbeigeschafft werden kann. Es bleibt nur übrig, in allen Fällen, so lange nicht ein Inhaber des Ladescheins als Cessionar mit dem Anspruch auf Auslieferung hervortritt, den Absender und den im Ladeschein bestimmten Empfänger gemeinschaftlich — ebenso wie beim Connossement — dem Frachtführer gegenüber als empfangsberechtigt anzusehen, und der Bestimmung, nach welcher der Frachtführer Rückgabe des Lade-

[1]) Die preußische Concursordnung schließt das Rückforderungsrecht auch aus, wenn die Waaren durch einen Dritten in gutem Glauben auf Grund des Frachtbriefs gekauft worden sind (§ 27 a.)

[2]) Vgl. oben S. 305 Note.

scheins fordern kann, die Bedeutung beizulegen, daß, wenn Absender und Empfänger den Ladeschein nicht zurückgeben können, dem Frachtführer auf Verlangen Sicherheit wegen der zu besorgenden Nachtheile zu leisten ist.[1])

Auf gleicher Stufe mit dem Orderconnossement und dem an Ordre ausgestellten Ladeschein stehen für die Besitzfrage die im Art. 302. H.G.B. noch erwähnten Auslieferungsscheine (Lagerscheine, Warrants) über Waaren oder andere beweglichen Sachen, welche von einer zur Aufbewahrung solcher Sachen staatlich ermächtigten Anstalt ausgestellt sind, wenn sie an Order lauten.

IV. Fortdauer und Verlust des Besitzes.

A. Römisches Recht.

§ 69. Der Wille des Besitzers.

Wer den Besitz erworben hat, verliert denselben dadurch nicht, daß er willensunfähig wird. Er setzt solchenfalls auch die Usucapion fort. Der Satz ist in folgendem Ausspruch Papinians enthalten und motivirt: l. 44 § 6 de usurp.: Eum, qui postea quam usucapere coepit in furorem incidit, utilitate suadente relictum est, ne languor animi damnum etiam in bonis adferat, ex omni causa implere usucapionem. Eine ähnliche Bestimmung aber mit anderer Motivirung ist in der l. 31 § 3 de usurp. gegeben, in welcher Paulus über die Erhaltung des Besitzes durch einen in Wahnsinn verfallenen Sclaven oder Haussohn folgenden Ausspruch thut: si is furere coeperit, donec in eadem causa res fuerit, intellegendum est et possessionem apud me remanere et usucapionem procedere, sicuti per dormientes quoque eos idem nobis contingeret.

Einen wesentlich anderen Standpunkt hat Proculus, der in der l. 27 de poss. den wahnsinnig Gewordenen nicht blos einen erworbenen Besitz fortsetzen läßt, sondern grade in der eingetretenen Willensunfähigkeit eine Garantie gegen die Möglichkeit eines Besitzverlustes findet, indem er den Grund der Fortdauer des Besitzes eines wahnsinnig Gewordenen an Weidegründen, die man nur zu bestimmten Zeiten zu benutzen pflegt, dahin angibt, quia furiosus non potest

[1]) Vgl. §§ 125—131. A.L.R. I. 16.

desinere animo possidere. Den gleichen Standpunkt nimmt Ulpian Inhalts der l. 29 de poss. ein, wo er einen Pupillen, der doch bei genügender Altersreife Besitz auch ohne auctoritas tutoris erwerben kann, für unfähig erklärt, ohne auctoritas tutoris den einmal erworbenen Besitz animo aufzugeben.

Die römischen Juristen sind also darin einig gewesen, daß die Fortdauer des Besitzes von der Fortdauer der Willensfähigkeit nicht abhänge. Sie weichen aber in der Begründung dieses Satzes von einander ab. Papinian nimmt einen Utilitätsgrund, also eine Abweichung von der Rechtsconsequenz, an. Paulus denkt, wie aus der Gleichstellung des Wahnsinnigen mit dem Schlafenden, mit welcher er argumentirt, folgt, an die Möglichkeit eines Wiederauflebens der natürlichen Willensfähigkeit. Nach Proculus und Ulpianus dagegen entspricht es grade der Rechtsconsequenz, die Fortdauer des Besitzes von einer Erneuerung der Richtung des Willens auf die Sache ganz unabhängig zu machen.

Daß bei einer Frage, bei welcher die Auffassungen der römischen Juristen nicht übereinstimmen, auch die Ansichten der Neueren auseinander gehen, versteht sich von selbst. Savigny[1]) stellt an den Willen des Besitzers, damit der Besitz fortdauere, die Anforderung, daß die Möglichkeit einer Reproduction des ursprünglichen Willens in jedem Augenblick erhalten werde. Die Fortdauer des Besitzes eines wahnsinnig Gewordenen aber sucht er damit zu erklären, daß, da beim Eintritt des Wahnsinns die Unmöglichkeit, einen bestimmten Besitz zu wollen, lediglich subjectiv und zufällig sei, es im Verhältniß zur besessenen Sache keinen wesentlichen Unterschied mache, ob der Besitz blos auf längere Zeit vergessen oder ob der Besitzer wahnsinnig geworden sei. — Aber wenn die Möglichkeit zu wollen Voraussetzung der Fortdauer des Besitzes ist, so verträgt sich diese Fortdauer auch nicht mit subjectiver und zufälliger Unmöglichkeit. Ist das Erforderniß subjectiv, so muß auch der Wegfall des subjectiven Erfordernisses den Besitz aufheben. Puchta[1]) meint, natürlich betrachtet müsse der Besitz als verloren angesehen werden, sobald ein Moment eintrete, in dem wir den für den Erwerb des Besitzes erforderlichen Willen nicht mehr haben; weil aber der Besitz damit aufhören würde, etwas juristisch-praktisches zu sein, so sei bestimmt,

---

[1]) Besitz S. 354.

daß, wenn gleich der animus nicht fortdauere, der Besitz dennoch fortgesetzt werde, wie von Anfang, bis das contrarium des animus eingetreten sei. — Aber jene sogenannte natürliche Betrachtung widerspricht grade der Natur der Sache. Man würde gegen die Natur des Besitzwillens verstoßen, wollte man damit, daß die Person, nachdem sie ihrem Willen die Sache unterworfen hat, nicht mehr an die Sache denkt, weil sie Anders zu denken und zu wollen hat, den Besitz aufhören lassen. Die Person will der Sache ihrem Willen dauernd unterwerfen, nicht blos auf so lange, als sie Zeit aufzuwenden hat, um sich die Herrschaft über die Sache zu sichern, und als sie demnächst ohne Unterbrechung Zeit dazu hat, sich mit der Sache zu beschäftigen. Der Besitzwille würde seine volle Realisirung nicht haben, wenn er nur so lange wirken soll, als er actuell vorhanden ist. Es folgt aus ihm selbst, daß der Besitz fortdauert, auch wenn die Person aufhört an die Sache zu denken. Damit ist aber freilich noch nicht erklärt, wie der Besitz fortdauern kann, wenn die Person überhaupt nicht mehr fähig ist, zu denken und zu wollen. Lenz[2]) läßt in Consequenz seiner Ansicht, daß der Besitz ein Recht auf die Sache sei, den Besitzwillen, durch welchen der Besitz erworben worden, „ununterbrochen und ungeschwächt" seine Wirkungen äußern bis zu dem Momente, wo der Willensact des Nichtwollens eintritt. In der Auffassung Randa's stehen die Ansehen der römischen Juristen unvermittelt neben einander. Er nimmt einmal[3]) mit Papinian für die Fortdauer des von einem wahnsinnig Gewordenen vorher erworbenen Besitzes die Bedeutung einer Singularität in Anspruch, indem er ausführt, daß bei eintretendem Wahnsinn eins der den Besitz constituirenden Elemente, der Wille, nicht blos vorübergehend, sondern dauernd unmöglich sei, während die Sache anders liege, wenn der Besitzer blos vorübergehend an die Sache nicht denke, z. B. im Schlafe oder bei der Befassung mit anderen Dingen. Dann[4]) aber spricht er mit Proculus und Ulpian aus, daß, da das Aufgeben des Besitzwillens einen Willensentschluß voraussetze, Wahnsinnige und Pupillen den Besitz animo nicht verlieren können.

[1]) Civ. Abhandlungen XXVI S. 440. Arndts, Pandekten § 142, spricht denselben Gedanken aus.

[2]) Besitz S. 222.

[3]) Der Besitz nach österr. Recht. S. 212 Note 5.

[4]) a. a. O. S. 217.

So lange man sich an die factische Natur des Besitzes hält, wird man vergeblich nach einer Erklärung des Satzes der Unabhängigkeit der Fortdauer des Besitzes von der Fortdauer der natürlichen Willensfähigkeit suchen. Daß der Besitz dessen, der an die Sache nicht mehr denkt, fortdauert, ist in jener factischen Natur freilich begründet. Aber daß ein Besitz, der auf den Willen nicht mehr gestellt ist, weil die Person, die den Besitz erworben hat, keines Willens mehr fähig ist, dennoch Besitz bleibt und die Wirkungen des Besitzes nach sich zieht, läßt sich aus der factischen Natur des Besitzes nicht ableiten. Von diesem Gesichtspuncte aus kann die Zurückführung der Fortdauer des Besitzes trotz eingetretener Willensunfähigkeit des Besitzers durch Utilitätsgründe nicht auffallen. Wenn auf der anderen Seite gesagt wird, daß ein Willensunfähiger den Besitz animo nicht verlieren könne, weil er des Willens, den Besitz aufzugeben, unfähig sei, wenn also mit dem Eintritte dauernder Willensunfähigkeit nicht der Verlust, sondern grade die Erhaltung desselben verbunden ist[1], so läßt sich dies nur wieder damit erklären, daß man den Besitz bei den subjectiven Rechten eine Anleihe machen läßt. Der Besitz erscheint hier in dem geborgten Kleide eines subjectiven Rechtes, welches letztere zu seiner Existenz nichts weiter verlangt, als daß die dem objectiven Rechte entsprechenden Normen seines Erwerbes vorliegen. Der Wille also, der sich im Besitzerwerbe manifestirt hat, hat hier eine Bedeutung, welche der Bedeutung der objectiven Rechtsnormen, die den Erwerb subjectiver Rechte betreffen, ähnlich ist. Er schafft ein Verhältniß der Person zur Sache, welches, soweit der Wille in Frage kommt, an die Person in ähnlicher Weise fest gebunden ist, wie ein von der Person erworbenes subjectives Recht. Dies zeigt sich auch in dem Satze, nach welchem ein Pupill ohne auctoritas tutoris unfähig ist, animo den Besitz aufzugeben.

Hat die Person den Willen, den Besitz aufzugeben, so hört der Besitz sofort auf. Dies besagen l. 3 § 6 de poss. Paulus: — si in fundo sis et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. igitur amitti et solo animo potest — und l. 17 § 1 ib.

---

[1]) Ein furiosus und ein pupillus ohne auct. tut. können nicht rechtsgültig tradiren. Dennoch kann der, welcher auf Grund eines Actes, der sich äußerlich als Traditionsact darstellt, eine Sache von einem fur. oder pup. erhält, usucapiren, aber freilich nur pro suo. Er ist sein eigener auctor (l. 2 §§ 15. 16 pro empt.)

Ulpianus: Differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilo minus eius manet, qui dominus esse non vult, possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere. Kierulff verlangt, daß der Wille sich äußere, gleichviel ob er ausdrücklich ausgesprochen oder nur aus Handlungen erkennbar sei[1]. Dies ist insofern richtig, als ein Wille, der nicht irgend wie kund gegeben ist, auf den äußeren Verkehr keinen Einfluß haben kann. Dagegen wird sich nicht bestreiten lassen, daß der Besitzer die Frage des Besitzaufgebens mit der besessenen Sache allein auszumachen hat. Es kann also ein Aufgeben des Besitzes stattfinden, auch wenn das Verhältniß des Besitzers zur Sache äußerlich dasselbe bleibt und eine Erneuerung des Besitzwillens und des Machtbewußtseins jederzeit möglich ist. Nur hat in einem solchen Falle der Wille, den Besitz aufzugeben, wenn er nicht geäußert wird, an sich keine Wirkungen nach außen hin.

Die Frage, ob in einem bestimmten Hergange eine concludente Aeußerung des Willens, nicht zu besitzen, gefunden werden könne, ist der Natur der Sache nach eine quaestio facti. Hierher gehört die in der l. 12 § 1 de poss. behandelte Frage, ob in der Anstellung der rei vindicatio ein Aufgeben des Besitzes seitens des Klägers zu finden sei. Ulpian verneint die Frage und hält es für zulässig, daß der Kläger nach Aufgebung der rei vindicatio das interdictum uti possidetis gebrauche.

§ 70. Der Wille, den Besitz aufzugeben, bei der Tradition.

Nach der Auffassung einiger römischer Juristen erleidet der Satz, daß mit dem Aufgeben des Besitzwillens der Besitz aufhöre, bei der Tradition insofern eine Modification, als hier das Aufgeben des Besitzwilleus das Aufhören des Besitzes nur dann zur Folge hat, wenn derjenige, zu dessen Gunsten der bisherige Besitzer den Besitz erledigt, demnächst Besitzer wird. Papinian sagt hierüber in der l. 18 pr. de vi et de vi: Placebat colonum interdicto venditori teneri, quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate eius missum intrare prohibuerit: neque enim ante omissam possessionem

[1] Civilrecht S. 392.

videri, quam si tradita fuisset emptori, quia nemo eo animo esset, ut possessionem omitteret propter emptorem, quam emptor adeptus non fuisset. Die in diesem Falle seitens des Verkäufers erklärte Besitzaufgabe trägt die Voraussetzung in sich, daß sie den Käufer in den Stand setzen werde, den Besitz der Sache zu erlangen, und zwar hat diese Voraussetzung nicht blos subjective Bedeutung, sondern sie ist objective Voraussetzung der Wirksamkeit der Erklärung. Wäre sie nur Motiv, so würde, da Irrthum im Motive der Wirksamkeit der Erklärung keinen Eintrag thut, der Besitz aufgegeben sein, und der Verkäufer hätte das Interdict gegen den Pächter nicht. Man muß, um dahin zu kommen, den Besitzerwerb seitens dessen, zu dessen Gunsten der Besitz für erledigt erklärt wird, als objective Voraussetzung der Wirksamkeit der Besitzaufgabeerklärung anzuerkennen, die Tradition als einen Vertrag auffassen. Es ist der übereinstimmende Wille der Betheiligten, daß dem Käufer die Möglichkeit, den Besitz zu erwerben, gegeben werde. Genügt die bloße Erklärung der Besitzaufgabe dazu nicht, so hat diese Erklärung die Wirkung der Besitzerledigung nicht. Der Verkäufer muß ein Mehres thun. Er kann aber dem Vertragswillen nur entsprechen, wenn die Erklärung der Besitzaufgabe als wirkungslos gilt, und er selbst in der Lage bleibt, seinen Besitz dem Pächter gegenüber wirksam zu machen.

Aehnlich liegt die Sache in dem von Ulpian Inhalts der folgenden Stelle entschiedenen Falle: l. 34 pr. de poss. Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non adquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus. quoniam autem in corpore consenserimus, an a te tamen recedet possessio, quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt, dubitari potest: et si animo adquiri possessio potest, numquid etiam adquisita est? sed non puto errantem adquirere: ergo non amittet possessionem, qui quodammodo sub condicione recessit de possessione. In dem von Papinian vorgetragenen Falle war der Besitz für den, der Besitzer werden sollte, nicht frei geworden. Der Käufer wurde gehindert, den Besitz zu ergreifen, und deshalb konnte die Sache nicht als tradirt gelten. In dem letzteren Falle steht der Besitzergreifung ein äußeres Hinderniß nicht entgegen. Der Käufer erwirbt den Besitz an dem Objecte der Tradition darum nicht, weil sein

Besitzwille nicht den erledigten Besitz, sondern den Besitz an einem anderen fundus ergreift, und der Verkäufer soll trotz der erklärten Absicht, den Besitz aufzugeben, Besitzer bleiben, da er quodammodo sub conditione recessit de possessione, und die Bedingung, der Besitzerwerb durch den Käufer, nicht eingetreten ist. Daß hier von einer eigentlichen Bedingung nicht die Rede sein kann, deutet der Jurist durch das quodammodo an. Ebensowenig ist eine subjective Voraussetzung des Tradenten, ein Motiv, in Frage. Denn bei einem solchen könnte der Irrthum die Erklärung der Besitzaufgabe nicht unwirksam machen. Der Traditionsact ist wiederum aus dem Gesichtspunkte eines Vertrages aufzufassen. Die Besitzaufgabeerklärung steht unter dem Einflusse des Vertragswillens. Der Rechtsact, welcher dem ire in fundum Corn. vorangegangen, ist wegen des Mangels des consensus in corpore unwirksam.[1]) Die possessio des f. Corn. ist keine vacua geworden. Das spätere ire in f. Corn. macht den, welcher gemeint hat, die p. des f. Sempr. sei für ihn vacua geworden, nicht zum Besitzer. Supponirt muß dabei werden, daß in der Zeit zwischen dem mittere und dem ire derjenige, welcher die p. des f. Corn. zu einer vacua hat machen wollen, sich des nicht vorhanden gewesenen consensus bewußt geworden ist, und daß er seinen Willen, die p. des f. Corn. zu einer vacua zu machen, geändert, daß also der Andere bei seinem ire in f. Corn. die p. als vacua nicht mehr vorgefunden hat. Denn wäre der Tradent bei seinem Willen, die p. des f. Corn. zu einer vacua zu machen, verblieben, oder hätte er von dem error des Anderen überhaupt nichts erfahren, so würde dieser, wenn er den Irrthum erkannt und seinen Besitzwillen nunmehr auf den f. Corn. gerichtet hätte, selbstverständlich Besitzer dieses f. durch sein ire in f. haben werden können.

Im Widerspruch mit diesen Entscheidungen steht folgender Ausspruch des Celsus in l. 18 § 1 de poss.: Si furioso, quem suae mentis esse existimas, eo quod forte in conspectu inumbratae quietis fuit constitutus, rem tradideris, licet ille non erit adeptus posses-

[1]) Insoweit stimme ich mit Brinz (Jahrb. f. deutsches Recht Bd. 3 S. 21 ff.) und Esmarch (Vacuae possessionis traditio, Prag 1873) überein, ohne damit indeß den Begriff der possessionis traditio im Sinne von Brinz oder Esmarch als richtig anzuerkennen. (Vgl. oben S. 19 und die Note 1 zu S. 322.) Andere Auffassungen der l. 34 pr. de poss. bei Vangerow, Pand. Bd. 1 § 202 Anm. und Witte in Linde's Zeitschr. n. F. Bd. 18 S. 246.

sionem, tu possidere desinis: sufficit quippe dimittere possessionem, etiamsi non transferas. illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere, quam si transferat: immo vult dimittere, quia existimat se transferre.

Es ist versucht worden, den Widerspruch zu beseitigen. So meint Lenz, daß der Ausspruch des Celsus die Rechtsregel enthalte, daß es also principiell gleichgültig sei, ob der Erwerbungslustige auch wirklich erwerbe oder wegen subjectiver oder sonstiger Hinderungsgründe dazu außer Stande sei, und daß es nur unter besonderen Umständen von Wichtigkeit sei, ob die Besitzaufgabe auch einen Besitzerwerb von Seite dessen zur Folge habe, an den bei ihr gedacht worden sei. Dergleichen besondere Umstände findet Lenz in den von Papinian und Ulpian entschiedenen Fällen, insofern als beide sich auf den Grundbesitz beziehen, bei dem vorzugsweise eine im Voraus erklärte Besitzaufgabe und demnächstige einseitige Besitzergreifung von Seiten des Traditionsberechtigten vorkomme, also ein Irrthum oder ein Widerstand des Besitzrepräsentanten eher möglich sei, als wenn die Besitzergreifung im Beisein beider Interessenten und in Gegenwart des Traditionsobjectes geschehe. In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle und principiell, überall nämlich, wo die Besitzaufgabe nicht ausdrücklich oder der Natur der Sache nach an Bedingungen geknüpft sei, die nicht zutreffen, verbleibe es bei der Entscheidung des Celsus [1]). — Der Vermittelungsversuch ist verfehlt. Hat es sich in dem Falle des Celsus um ein Grundstück gehandelt — die Worte des Fragments schließen dies nicht nothwendig aus — so würde es nicht erklärlich sein, wie die Unfähigkeit des furiosus zum Besitzerwerbe nicht ebenso die Besitzaufgabeerklärung des Tradenten unwirksam machen soll, wie der error in corpore. Hat aber Celsus eine bewegliche Sache im Sinne gehabt, so wird das praktische Resultat der Besitzaufgabeerklärung freilich in der Regel der Besitzverlust auf Seite des Tradenten sein. Denn wenn der furiosus die Sache an sich nimmt, oder die Sache sonst aus der Einwirkungssphäre des Tradenten entfernt wird, so liegen die Voraussetzungen des Besitzverlustes corpore vor. Bleibt aber die Sache der Tradition ungeachtet im Bereiche der Einwirkung des Tradenten, so liegt der Fall ebenso, wie die von Papinian und Ulpian ent-

[1]) Besitz S. 234—237.

schiedenen Fälle. Ein Besitzverlust animo würde bei Anwendung der Sätze, nach denen diese ihre Fälle entscheiden, auf den Fall des Celsus nicht angenommen werden können. Und umgekehrt würde der Entscheidungsgrund des Celsus: immo vult dimittere, quia existimat se transferre, genau auf die Fälle des Papinian und des Paulus passen. Es liegt in der That eine Antinomie vor, und zwar beruht diese auf der grundverschiedenen Anschauung des Wesens der Tradition. Der Auffassung des Papinian und des Paulus liegt die Vertragsnatur der Tradition zum Grunde. In dem Celsinischen Fragmente wird die eine der beiden in der Tradition zu Tage tretenden Willensrichtungen, die der Besitzaufgabe, in ihrer Wirkung unabhängig von der anderen hinstellt, und die Absicht des Tradenten, den Anderen zum Besitzer zu machen, nur als Motiv aufgefaßt, so daß ein Irrthum betreffs der für den Anderen entstehenden Möglichkeit, den Besitz zu erwerben, die Wirksamkeit des Besitzaufgebens nicht beeinträchtigen würde. Man hat sich also für die eine oder die andere der beiden Ansichten zu entscheiden.

Kierulff spricht sich dahin aus, daß die Tradition ihrem Wesen nach bedingt sei, daß der Tradent den Besitz nur für den aufgebe, den er zum Erwerber bestimmt habe, und von dem er erwarte, daß er den Besitz erwerben wolle und wirklich erwerbe, daß, wenn dieser den Besitz aus irgend einem Grunde nicht erwerbe, die Sache nicht für jeden Dritten zum freien Besitzerwerbe hingetreten sei, daß vielmehr der Tradent den Besitz nicht verloren habe, weil er ihn so unbedingt nicht habe aufgeben wollen [1]). Scheurl wirft dem Celsus vor, die beiden Bestandtheile des in der Person des Tradenten vorhandenen Willens, nämlich die Absicht, den Besitz aufzugeben, und die Absicht, den Besitz auf den übergehen zu lassen, welchem tradirt werde, fehlerhafter Weise aus einander gerissen zu haben [2]). Brinz bemerkt, Scheurl habe das Beste, was man zu Gunsten der Ansicht Ulpians sagen könne, gesagt, aber immer noch nicht genug, um dem Celsus, der nicht so nützlich, aber richtiger gedacht habe, als Ulpian, einen Fehler vorzuwerfen [3]). Bruns erklärt die Auffassung Ulpians gegenüber der des Celsus durch ein

---

[1]) Civilrecht S. 392 f.

[2]) Beitr. zur Bearb. des röm. Rechts VIII. S. 202 ff.

[3]) Pandekten 1. Abth. S. 71.

Fortschreiten der Rechtsentwickelung, das sich in der weiteren Ausbildung des favor retinendae possessionis zu erkennen gebe [1]). Randa sieht die Entscheidung des Celsus als die richtige an, und bekämpft die Auffassung, daß das Aufgeben des Besitzes bei der Tradition an die Bedingung des Besitzerwerbes auf der anderen Seite geknüpft sei, mit der Ausführung, von einer Bedingung könne nur dann die Rede sein, wenn dem Tradenten das Bewußtsein, daß er das Dasein seines Willens an den Eintritt eines künftigen Ereignisses geknüpft habe, beiwohne, woran es im vorliegenden Falle gänzlich fehle [2]). Exner führt gegen Randa aus, die Frage dürfe nicht so gestellt werden, ob ein bedingtes oder unbedingtes Aufgeben des Besitzes vorliege. Es liege ein Uebergeben-wollen vor; das in dem Uebergeben-wollen enthaltene Aufgeben aber existire nicht für sich und könne ohne das erstere nicht zu selbstständiger Wirkung kommen. [3])

Die Auffassung, daß der Besitzerwerb seitens dessen, dem der Besitzer die Sache tradiren will, eine Bedingung für die Besitzaufgabe des Tradenten sei, wird von Celsus in zutreffender Weise abgefertigt. Es ist in der That unrichtig zu sagen, daß der Tradent non aliter vult dimittere quam si transferat. Im Willen des Tradenten hat die Besitzerledigung als solche keine Beschränkung. Sie ist eine unbedingte. So weit der Wille des Tradenten in Frage steht, liegt keine Bedingung, sondern ein Beweggrund vor — immo vult dimittere, quia existimat se transferre — dessen Unrichtigkeit gleichgültig ist. Aber — und dies ist der Punct, wo der Hebel angesetzt werden muß, um die Meinung des Celsus zu beseitigen — die Tradition ist keine einseitige Willenserklärung, sondern ein Vertrag. Käme sie als Eigenthumsübertragungsact in Frage, so würde derjenige, der die Sache einem Willensunfähigen tradirt, Eigenthümer bleiben. Von dieser Bedeutung der Tradition für das Eigenthum

[1]) Jahrb. des gem. deutschen Rechts Bd. 4. I. S. 39 ff.

[2]) Der Besitz nach österr. Recht S. 216 f. Note 9.

[3]) Rechtserwerb durch Tradition S. 13 Note 30. — Die celsinische Abfertigungsmethode hat ansteckend gewirkt. Kierulff gibt das ridiculum est dem Celsus zurück. Auch Scheurl wirft ihm fehlerhafte Argumentirmethode vor. Lenz zollt der „congenialen göttlichen Grobheit" Kierulff's Beifall, bezeichnet aber die Ausführungen Scheurl's als in Gedanken und Sprache marklos und sich widersprechend. Exner wird durch die Methode des Celsus und derer, die ihm folgen, mit Willensacten zu operiren, trotz scheinbarer Logik an das bekannte Recept erinnert, wie man aus Ducatenkraut Ducaten herstelle.

haben Papinian und Ulpian so viel auf den Besitz übertragen, daß der Traditionsact, so wie er für das Eigenthum nur einer ist, so auch für den Besitz nicht aus einander gerissen werden soll. Dieser Gedanke ist gewiß praktisch nützlich, und er widerspricht der Rechtsconsequenz in keinem höheren Grade, als andere Rechtssätze, für welche die einzige Erklärung in dem Papinianschen plurimum ex iure mutuari besteht. Der Besitz kann in der Beschränkung auf das rein Factische nicht verharren. Er ist dem Rechte verfallen; sein Erwerb, wie sein Verlust sind darauf angewiesen, eine Reihe von Bestimmungen, welche für den Erwerb und den Verlust der Rechte gegeben sind, den Normen des objectiven Rechts zu entlehnen.[1])

---

[1]) Esmarch hat (in der schon citirten Schrift) aus einigen Stellen der Rechtsbücher, in denen die Vertragsnatur der Tradition besonders klar hervortritt, einen neuen Rechtsbegriff, den der vacuae possessionis traditio im Gegensatz zur rei traditio hergeleitet. Es ist dies ein Versuch, das ex iure mutuari beim Besitzerwerbe durch Tradition in ein System zu bringen. Dabei kommt E. indeß zu Consequenzen, aus denen sich Bedenken gegen die ganze Construction ergeben. Dies gilt namentlich von den Sätzen über die Wirkungen des Rechtsgeschäfts, mit welchem die possessio zu einer vacua gemacht wird, und über die Bedeutung des auf das Rechtsgeschäft folgenden Apprehensionsactes. Dafür, daß der Besitz schon mit seinem vacans werden, von der Seite seines ökonomischen Werthes betrachtet, in das Vermögen des „Empfängers" übergehe, und daß der „Empfänger" vor der Apprehension das i. uti poss. gegen den Tradenten habe, vermisse ich allen quellenmäßigen Anhalt. In ein eigenthümliches Dilemma kommt E. bei Bestimmung der Bedeutung des Apprehensionsactes. Hier stellt E. folgende Sätze auf: „Sollte der beschenkte Ehegatte den Gegenstand, an welchem ihm vacua possessio tradirt ward, auf Grund dieser traditio apprehendirt haben, so erwirbt er — auch nicht den Interdictenbesitz, weil vac. poss. trad. juristisch nicht vorhanden war. — Hat der Beschenkte, von vac. poss. trad. abgesehen, die Sache einmal in Besitz genommen, so muß er — als pro possessore possidens angesehen werden." Diese Bedeutung der v. p. tr. halte ich für unmöglich. Die Quellen bestätigen sie nicht. Ueberhaupt vermag ich den von E. hervorgehobenen Gegensatz zwischen v. p. tr. und rei traditio, zumal in der Schärfe, in welcher E. ihn hinstellt, nicht anzuerkennen. Ich halte dafür, daß jede Tradition ein eigentliches Rechtsgeschäft ist, auch die sogen. rei traditio im Gegensatz zur v. p. tr. Nur hat in den Fällen, wo die Apprehension nicht uno actu mit der Erklärung des Tradenten, daß er die p. zu einer vacua mache, erfolgt, wo vielmehr der „Empfänger" vom Tradenten nur erst ermächtigt wird, die Sache zu apprehendiren, die Vertragsnatur der Tradition mehr Raum, zur Geltung zu kommen. Auch die von E. (zum Theil im Anschluß an Rudorff — vgl. oben S. 211 Note 1) versuchte Erklärung der c. 3 de poss. möchte ich um den Preis der Annahme des Esmarch'schen Begriffs der v. p. tr. ablehnen.

§ 71. Fortdauer und Verlust des Besitzes der Immobilien.

Auf die Fortdauer und den Verlust des Besitzes an Grundstücken beziehen sich folgende Stellen: l. 3 §§ 7. 8. de poss. Paulus — si animo solo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides. Si quis nuntiet domum a latronibus occupatam et dominus timore conterritus noluit accedere, amisisse eum possessionem placet. — l. 6 § 1. ib. Ulpianus: Qui ad ad nundinas profectus neminem reliquerit et, dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere Labeo scribit: retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit: verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intellegi possidere, non clam. — l. 7. ib. Paulus: Sed et si nolit in fundum reverti, quod vim maiorem vereatur, amisisse possessionem videbitur: et ita Neratius quoque scribit. — l. 18. § 3. 4. ib. Celsus: Si, dum in alia parte fundi sum, alius quis clam animo possessoris intraverit, non desisse ilico possidere existimandus sum, facile expulsurus finibus, simul sciero. Rursus si cum magna vi ingressus est exercitus, eam tantummodo partem quam intraverit obtinet. — l. 25 § 2 ib. Pomponius: Quod autem solo animo possidemus, quaeritur, utrumne usque eo possideamus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio, an vero (quod quasi magis probatur) usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem: et videtur utilius esse. — l. 46 ib. Papinianus: quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret.

Savigny, welcher die Fortdauer des Besitzes in den angegebenen Fällen als eine merkwürdige Ausnahme von der Regel bezeichnet, nach welcher der Besitz bei der Aufhebung der Möglichkeit willkürlicher Behandlung der besessenen Sache nicht fortdauern könne,

---

Wer wird einem infans einen Kaufbrief über geschenkte Liegenschaften einhändigen? S. selbst scheint an der Richtigkeit seiner Erklärung der Stelle zu zweifeln. Denn er bemerkt, daß in der etwa nachzuweisenden Nichtstatthaftigkeit seiner Auslegung kein Präjudiz gegen seine Theorie von v. p. tr. enthalten sein werde.

nimmt an, der Satz von der Fortdauer des Besitzes trotz der Occupation des Grundstücks durch einen Anderen habe sich allmählich ausgebildet. Während nämlich Labeo in der l. 6 § 1 de poss. das Gegentheil desselben behaupte, werde der Satz von Celsus, Neratius, Pomponius so erwähnt, daß er wahrscheinlich zu ihrer Zeit weder in seiner ganzen Ausdehnung, noch von allen Juristen als entschiedene Regel betrachtet worden sei. Letzteres gelte erst von Papinian, Paulus und Ulpian. Die Entstehung des Satzes bringt Savigny in Verbindung mit dem Verschwinden des interdictum de clandestina possessione, das bis dahin dem Besitzer, in dessen Abwesenheit das von ihm besessene Grundstück von einem Anderen occupirt worden, Rechtshilfe gegen den Occupanten gewährt habe.[1] Kierulff sieht den fraglichen Rechtssatz nicht als eine exceptionelle positive Vorschrift, sondern als Ausfluß der Rechtsconsequenz an.[2] Lenz hat den Gedanken Kierulff's weiter verfolgt. Seine Argumentation geht im wesentlichen dahin, daß, da wir an Grundstücken Besitz blos durch unseren Willen erwerben, wir ihn behalten müssen, so lange unser Wille fortdauert, und daß wir daher erst, wenn wir dem Invadenten bewußt weichen, durch das Aufhören unseres Willens den Besitz verlieren. Auch tritt er der Annahme Savigny's entgegen, daß Labeo in der l. 6 § 1 de poss. das Gegentheil des fraglichen Satzes ausspreche, sowie daß andere der römischen Juristen ihn nur eingeschränkt haben gelten lassen.[3] Baron weicht von Savigny eben so ab, wie von Kierulff und Lenz. Er geht davon aus, daß nach ältestem römischen Recht ein Grundstück nur so lange, als der Besitzer gegenwärtig gewesen, besessen worden sei, und daß später der Satz, man könne auch solo animo besitzen, sich ausgebildet habe. Man hätte — meint Baron weiter — um den Abwesenden, dessen Besitz heimlich occupirt worden, nicht schutzlos zu lassen, ein interdictum de clandestina possessione proponiren müssen. Das sei nicht geschehen. Man habe vielmehr zu der Regel: „prout quidque contractum est, ita et solvi debet,“ seine Zuflucht genommen, und behauptet, der Besitz könne, da er bei vorübergehender Abwesenheit des Besitzers retinirt werde, nur solo animo verloren gehen. Dem trotz der heimlichen Occu-

---

[1]) Besitz S. 348. 350 ff.
[2]) Civilrecht S. 393 f.
[3]) Besitz S. 239 ff.

pation fortdauernden Besitz des Abwesenden aber schreibt Baron nur die Bedeutung zu, daß der Abwesende den Occupanten hinauswerfen und, wenn ihm dies nicht gelinge, das i. unde vi anstellen könne. Der Abwesende setze weder die Usucapion fort, noch hafte er auf die rei vindicatio. Der wahre Besitzer sei der Occupant, und dem Abwesenden werde nur zum Zweck des Vertreibungs- und Interdictenrechts ein Besitz angedichtet.[1])

Von diesen Auffassungen ist die Baron's, daß es einen Rechtssatz gegeben habe, nach welchem die Fortdauer des Besitzes an einem Grundstück auf die Dauer der Gegenwart des Besitzers beschränkt gewesen sei, vorweg zurückzuweisen. Ein solcher Rechtssatz ist unmöglich. Wie sollten die Römer sich dahin haben verirren können, dem Begriff des Besitzes einen so durchaus unverwerthbaren Inhalt zu geben. Die Savigny'sche Hypothese, daß der Rechtssatz von der Fortdauer des Besitzes trotz der Occupation der Sache durch einen Anderen mit dem Wegfallen des i. de clandestina possessione entstanden sei, würde geeignet sein, den Rechtssatz zu erklären, wenn die Occupation eines Grundstücks bei Abwesenheit des Besitzers immer eine possessio clandestina zur Folge haben müßte. Aber diese Voraussetzung ist nicht haltbar. Der Lenz'schen Argumentation, daß, da wir an Grundstücken den Besitz blos durch unseren Willen erwerben, wir ihn auch behalten müssen, so lange unser Wille fortdauert, steht allerdings der obige Ausspruch des Pomponius zur Seite. Doch ist es mehr als zweifelhaft, daß der fragliche Rechtssatz dieser Erwägung seine Entstehung verdankt. Die Rechtsconsequenz schafft dergleichen Rechtssätze nicht, sondern das praktische Bedürfniß thut es, und die Jurisprudenz führt dann den durch das Bedürfniß hervorgerufenen Satz wohl oder übel auf die Rechtsconsequenz zurück. So hat Pomponius unseren Rechtssatz durch das beliebte Theorem von der Gleichheit des Entstehungs- und des Auflösungsgrundes der Rechtsverhältnisse zu erklären gesucht.[2]). Die Erklärung ist aber nicht richtig. Denn auch an beweglichen Sachen erwerben wir in gewissen Fällen den Besitz nur durch unseren Willen, und doch können wir solchen Besitz wider unseren Willen verlieren. Eine Verschiedenheit zwischen dem Besitz an Immobilien und dem an Mo-

[1]) Jahrb. für Dogm. Bd. 7. S. 141 ff.

[2]) Vgl. l. 153 de div. reg. iur. und dazu Savigny, Besitz S. 331 ff.

bilien ist allerdings insofern vorhanden, als bei Mobilien die Möglichkeit vorhanden ist, daß wir nicht in Erfahrung bringen, wer sich der Sache wider unseren Willen bemächtigt hat. Es läßt sich aber doch, wenn man die Logik allein zu Rathe zieht, nicht wohl erklären, daß, wenn wir nach zeitweiliger Abwesenheit bei der Rückkehr an unseren Wohnsitz einen Anderen als Herrn unseres Grundstücks antreffen und unser Vieh in dem Stalle eines Dritten finden, wir Besitzer des Grundstücks bleiben, aber den Besitz des Viehes verloren haben sollen. Es scheint mir, daß man sich mit dem letzten Argument des Pomponius begnügen muß: „Et videtur utilius esse."

Aus den oben aufgenommenen Stellen hat Savigny den Satz hergeleitet, daß, wenn der Besitz an Immobilien durch fremde Handlungen verloren werden solle, dies immer nur durch den animus des Besitzers geschehen könne, daß also corpore an Grundstücken ein Besitzverlust nicht möglich sei.[1]) Der Satz ist lange unangefochten geblieben. Witte hat es unternommen, seine Unrichtigkeit nachzuweisen. Er führt aus, man könne von dem zurückkehrenden Besitzer, den der Occupant gewaltsam zurückweise, nicht sagen, er gebe den Besitz animo auf.[2]) Daraus würde folgen, daß auch der anwesende Besitzer, welchen ein Anderer dejicirte, nicht animo, sondern corpore den Besitz verlöre. Insoweit trifft die Abweichung Witte's von der gemeinen Ansicht nur die Auffassung des Verhältnisses von animus und corpus im Besitze. Witte gelangt aber auch zur Aufstellung neuer Rechtssätze. Er führt aus, daß die Fortdauer des Besitzes des Abwesenden auf dem Rechte zur gewaltsamen Vertreibung des eigenmächtigen Occupanten beruhe, und daß dies Recht nur demjenigen gegenüber stattfinde, der im Bewußtsein, fremdes Eigenthum sich unrechtmäßiger Weise anzueignen, den Besitz ergriffen habe und durch seine Weigerung, dasselbe zu restituiren, dem Eigenthümer strafbare Gewalt entgegensetze.[3]) Jenes Recht besteht also nach Witte nur gegen den possessor vitiosus. Es ist ausgeschlossen, wenn der Occupant guten Grund hat, den früheren Besitz für aufgegeben anzusehen, sowie dann, wenn ein Anderer das Grundstück von dem Occupanten, mag auch dessen Besitz vitios gewesen sein, erworben hat. Es findet aber gegen den zweiten

[1]) Besitz S. 347 ff. 356.
[2]) Linde's Zeitschr. n. F. Bd. 18. XVI. S. 262.
[3]) a. a. O. S. 268 f.

Erwerber dann statt, wenn derselbe im Bewußtsein der Unrechtmäßigkeit den Besitz durch ein Geschäft mit dem ersten Occupanten erworben hat.

Prüfen wir die Richtigkeit des von Savigny aufgestellten Satzes an der Hand der Quellenzeugnisse, so ergeben sich gegen den Satz in seiner Allgemeinheit allerdings erhebliche Bedenken. Sämmtliche Stellen beziehen sich auf den Fall, wenn der abwesende Besitzer keinen Repräsentanten zurückgelassen hat. In dem Ulpian'schen Fragmente ist dies ausdrücklich angegeben. In dem Ausspruche Papinian's versteht sich die fragliche Voraussetzung von selbst. Daß sie auch in den übrigen Stellen gilt, folgt daraus, daß nach l. 1 § 22 de vi et de vi, wenn der Repräsentant dejicirt wird, der Verlust des Besitzes für den Repräsentirten sofort eintritt, ohne daß der letztere die Dejection erfahren zu haben braucht. Der Besitzverlust tritt also in diesem Falle nicht animo, sondern corpore ein. Damit wird der obige Satz durchlöchert, da seine Consequenz dahin führen würde, den Besitz fortdauern zu lassen, bis der Repräsentirte nach erhaltener Kenntniß von der Dejection den Versuch, den Besitz wieder zu erlangen, vergebens unternommen oder denselben aus Furcht unterlassen hätte. Auch in anderen Fällen, als in dem der Dejection des Repräsentanten kann — wenigstens nach der Rechtsauffassung der classischen Juristen — der Verlust des durch einen Repräsentanten ausgeübten Besitzes ohne Wissen und Willen des Repräsentirten eintreten.[1]) Schon diese Einschränkungen lassen den dogmatischen Werth des Savigny'schen Satzes recht zweifelhaft erscheinen. Der Satz ist aber noch mehr zu restringiren. In den Aussprüchen des Paulus und des Ulpian ist offenbar eine kurze Dauer der Abwesenheit des Besitzers in Frage. In dem Fragmente des Pomponius scheint dieselbe Voraussetzung angenommen werden zu müssen. In dem Ausspruche des Papinian ist von Grundstücken die Rede, welche nach der gewöhnlichen Nutzungsart Monate lang weder von dem Besitzer, noch von seinen Leuten besucht und betreten werden; und der Fall liegt so, daß der Besitzer bei der Wiederkehr der für die regelmäßige Nutzung des Grundstücks bestimmten Zeit einen Anderen, der seinen Besitzwillen in das Grundstück gelegt, auf demselben vorgefunden hat. Die Stellen sprechen also einmal von

[1]) Vgl. unten § 74.

einer Abwesenheit des Besitzers vom Grundstück, wie sie nach den Lebensverhältnissen des Besitzers dann und wann vorzukommen pflegt, dann aber von einer Abwesenheit, wie sie durch die Lage des Grundstücks im Verhältniß zum Wohnsitz des Besitzers und die Art der Benutzung des Grundstücks bedingt ist. Und auf diese Fälle muß die Annahme der Fortdauer des Besitzes trotz der Occupation des Grundstücks durch einen Anderen eingeschränkt bleiben.

Darum läßt sich indeß nicht mit Witte sagen, daß die Fortdauer des Besitzes des Abwesenden auf dem Rechte zur gewaltsamen Vertreibnng des Occupanten beruhe. Die Besitzfortdauer beruht auf der Beziehung des Abwesenden zum Besitzobjecte, die allerdings nur durch den animus, nicht durch das corpus hergestellt wird. Dies ist in dem ersten Fragmente des Paulus und in dem des Pomponius ausgesprochen. Es liegt auch, namentlich da, wo es sich, wie in dem Ulpian'schen Fragmente, um Occupation der Wohnungsräume des Abwesenden, der ad nundinas gegangen ist, handelt, in der Natur der Sache. Auf der Fortdauer des Besitzes beruht dann wieder das Recht zur Vertreibung des Occupanten.

Ein anderes Bedenken gegen die von Witte aufgestellten Sätze betrifft die von ihm angenommene Abhängigkeit der Fortdauer des Besitzes des Abwesenden von der Vitiosität des Besitzes des Occupanten, beziehungsweise des dritten Erwerbers, oder, wie Witte an einer anderen Stelle sagt, von dem Bewußtsein des Occupanten, — oder des Dritten — fremdes Eigenthum sich unrechtmäßiger Weise anzueignen. Man wird allerdings in der Mehrzahl der Fälle, in denen das von einem auf kurze Zeit Abwesenden besessene Grundstück von einem Anderen occupirt wird, anzunehmen haben, daß der Occupant entweder die Abwesenheit des Besitzers benutzt hat, um sich der Sache zu bemächtigen, oder daß er auf die Gefahr hin, mit dem rückkehrenden Besitzer handgemein zu werden, sich zum Herrn der Sache machen will. Auch haben die Entscheidungen des Paulus in der l. 3 § 8., des Ulpian in der l. 6 § 1. und des Celsus in der l. 18 § 3. offenbar dergleichen Fälle vor Augen. Man würde aber, zumal Pomponius und Papinian die Voraussetzung einer Vitiosität nicht andeuten, zu weit gehen, wollte man die Fortdauer des Besitzes des Abwesenden überall von der Vitiosität der possessio des Anderen abhängig machen [1]). Es kann sehr wohl

[1]) Vgl. Bruns, Besitzklagen S. 138 f.

der Fall eintreten, daß ein auch auf kurze Zeit verlassenes Grundstück in dieser Zeit auf durchaus unverfängliche Weise in die Hand einer Person kommt, welche von dem Abwesenden und dessen Besitze keine Kenntniß hat. Ebenso kann, selbst wenn man mit Witte annehmen wollte, daß die Occupation eines in abgelegener Gegend durch einige Monate im Jahre zum Weiden benutzten Grundstücks, da der Occupant die Bestimmung des Grundstücks kennen müßte, immer nur ein possessio clandestina des Occupanten hätte zur Folge haben können, der Fall eintreten, daß ein Dritter die von dem Occupanten auf dem Grundstücke angelegte Niederlassung in gutem Glauben erwürbe. Die Ansicht Witte's würde dahin führen, daß in beiden Fällen der Erwerber sowohl gegen das Vertreibungsrecht des Besitzers, als auch gegen dessen Besitzklagen geschützt wäre, eine Consequenz, die damit nicht in Einklang gebracht werden kann, daß nach Papinian der Besitz an den saltus fortdauern soll, bis der Besitzer von der Ingression erfährt. Es bleibt nur übrig, die Besitzfortdauer in den Fällen, auf die sich die obigen Stellen beziehen, ausschließlich auf den Willen des Besitzers zu stellen, also anzunehmen, daß eine Abwesenheit des Besitzers von dem Grundstücke, wie sie nach den Verhältnissen des Besitzers dann und wann vorzukommen pflegt, oder wie sie durch die Art der Nutzung des Grundstücks bedingt ist, den Besitz gegen jeden fortdauern läßt, der in der Abwesenheit des Besitzers sich des Grundstücks oder eines Theiles desselben bemächtigt hat, den Nachfolger des ersten Occupanten nicht ausgenommen.

Schwierigkeiten hat die Frage des Vertreibungsrechts gemacht. Während Witte dies Recht nur gegen den p. vitiosus gibt und aus dem Vertreibungsrecht die Fortdauer des Besitzes des Abwesenden herleitet,[1]) nimmt Bruns an, daß der Besitzer Gewalt gegen die Person des Occupanten, um sich der Sache wieder zu bemächtigen, überhaupt nicht anzuwenden berechtigt sei.[2]) Er erkennt also ein Vertreibungsrecht überall nicht an, bezeichnet dasselbe als eine Erfindung Savigny's, und bemerkt, daß die älteren Juristen einstimmig den Verlust des Besitzes sofort mit dem non admittere annehmen. In der Bezeichnung des Vertreibungsrechts als einer

---

[1]) a. a. O. S. 262.

[2]) a. a. O. S. 146 ff.

Erfindung Savigny's irrt Bruns. Der Satz von dem Recht des zurückkehrenden Besitzers, den Ingredienten zu vertreiben, findet sich in der ganzen Rechtsentwickelung von Accursius bis auf Postius und von Zasius bis auf Thibaut und Savigny, und er ist nur selten bestritten worden.[1]) Unzweideutig wird in den Rechts-

[1]) Bei den Italienern ist das Vertreibungsrecht ein Correlat der Fortdauer der possessio civilis. Vgl. Accursius gl. ultro zu l. 1 § 6 uti poss., wo die Worte: „nec tamen volo violenter eum expellere" das Vertreibungsrecht des Zurückkehrenden voraussetzen, Innocent. IV. im Commentar zu c. 12 X de restit. spd. (II. 13) Nro. 5, wo von dem Zurückkehrenden, obwohl ihm zur Erhaltung seines Besitzes nicht die Zeit gelassen wird, exercitum congregare, gesagt wird: nihilominus continuo et sine mora est sibi licitum amissam possessionem (sc. corporalem) per vim recuperare, Bartol. im Commentar zur l. 1 § 6 uti poss., wo das Zurückhalten der p. naturalis als Störung der p. civilis angesehen und zu Gunsten des Vertreibungsrechts mit dem Satze: „licet cuicunque iniuriam propulsare" argumentirt wird, Menoch. in den comment. de ret. poss. remed. III. Nro. 26: clandestinus possessor a civili possidente in continenti expelli potest —, Post. tract. de manut. obs. I. Nro. 75: — licet propria auctoritate armata manu et quomodocunque propriam possessionem defendere et naturalem recuperare, Urtheil der rota Romana v. 4. Febr. 1632 in den decis. rot. Rom. a Lud. Post. coll. Nro. 372, wo ausgeführt wird: Si canonicus post adeptam possessionem ecclesiae sive canonicatus reperit occupantem, potest eum violenter repellere, sicuti potest possessor reversus a nundinis invasorem. — Bei den Franzosen tritt das Vertreibungsrecht zurück. Donellus (comment. iur. civ. 5, 12, 11) verweist den Zurückkehrenden mehr auf die Kraft der Bitte. Er stellt die Occupation durch das Meer, welche, da sich das Meer nicht erbitten lasse, den Besitzverlust auch ohne Wissen des Besitzers herbeiführe, der Occupation durch Menschen entgegen, welche, da man Menschen erbitten könne, den Verlust des Besitzes nicht vor der durch den Besitzer erlangten Kenntniß der Occupation bewirke. Näher steht Conanus der Savigny'schen Auffassung (comment. III. 9. Nro. 4). — Von den Deutschen haben die Aelteren das Vertreibungsrecht. So Zasius im comment. zu l. 3 § 5 de poss. Nro. 12: Qui fundum absentis possessoris vitiose — ingreditur, quia forte possessor absens non reliquerat custodem — expelli ab eodem possessore redeunte sine poena violentiae posset, si vires suppeterent. Geyl (de pace publ. cap. 16 Nro. 16) gibt mit den späteren Italienern das Vertreibungsrecht dem Zurückkehrenden wie dem Dejicirten wegen der Fortdauer der p. civilis. Bei den Späteren tritt es zurück. Bei dem Niederländer Wesenbeck, den ich wegen seines großen Einflusses auf die deutsche Jurisprudenz und weil er an deutschen Universitäten gewirkt hat, unter die Deutschen stelle, ist nicht sowohl das Vertreibungsrecht, als vielmehr die Hoffnung der Restitution des Besitzes durch die richterliche Gewalt das Correlat der Fortdauer der p. civilis. Aber von vertriebenen Landesherrn bemerkt er: „ex longo

büchern von diesem Recht freilich nur in einer Stelle, der l. 18 § 3 de poss. gesprochen. Aber die Annahme der Besitzfortdauer scheint mir dies Recht nach römischen Begriffen nothwendig zu postuliren.[1]) Die Argumente, welche Bruns dagegen vorbringt, sind der Rücksicht darauf entnommen, daß mit dem Concediren des Rechts die öffentliche Ruhe und Ordnung in's Spiel kommen und gefährdet werden könne. Das ist eine Rücksicht, welche uns in unserem von polizeilicher Fürsorge überwachten Rechtsleben sehr geläufig ist, mit der wir aber nicht wohl rechnen dürfen, wenn es sich um die Erkenntniß des römischen Rechts handelt. War doch zur Zeit der classischen Juristen gegen jeden possessor iniustus Gewalt zum Zweck der Wiedererlangung des Besitzes zulässig und nur bei vis armata dem Dejicienten die exceptio vitiosae possessionis dem i. unde vi gegenüber versagt. Indem das repellere (l. 25 § 2 de poss.) non admittere (l. 6 § 1 de poss.) prohibere ingredi (l. 1 § 24. 28. l. 3 § 8. 14. l. 12. 18. de vi et de vi) zu einer vis gestempelt wird, verfällt es dem Satze: vim vi repellere licet. Aehnliches finden

etiam intervallo turbatorem turbare ac eiicere possunt", weil sie den Besitz retiniren (non facile timent expelli, auch wenn sie wirklich vertrieben sind — comment. in pand. tit. uti poss. Nro. 5. 6). Giphanius spricht dem Zurückkehrenden das Vertreibungsrecht ausdrücklich ab (lect. Alt. zu l. 18 § 3 de poss.). Aber er ist auch in seinem Bestreben, das gemeine Recht von unrömischen Bestandtheilen zu purificiren, römischer, als die Römer selbst, wie sich darin zeigt, daß er das constitutum possessorium für eine Erfindung der „Glossenschreiber" ansieht. Uebrigens wirkte wohl das Gebot des ewigen Landfriedens darauf ein, daß die Jurisprudenz mit einem Rechte der Vertreibung sich weniger beschäftigte. Bei Lauterbach, den Bruns (S. 151) mit Donellus auf gleiche Stufe stellt, finde ich (im colleg. theor. pract. zu tit. de poss. § 29) ausgesprochen, daß er den Besitz trotz der Kenntniß von der Occupation fortdauern läßt, wenn wir glauben, nobis revertentibus occupantem facile cessurum aut expulsum iri. — Die unmittelbaren Vorgänger Savigny's erkennen das Vertreibungsrecht unzweideutig an. So Spangenberg (1794) im § 61 der Darstellung der Lehre vom Besitz, von welcher Schrift Savigny sagt, daß sie ohne neue Gedanken sei und Thibaut (1802) über Besitz und Verjährung S. 50, wo es heißt, daß die Absicht des Zurückkehrenden, seinen Besitz aufzugeben, vermuthet werde, wenn er den Occupanten nicht sofort vertreibe. — Diesen Excurs habe ich für nothwendig gehalten, um dem Irrthum, in welchem sich Bruns bei Bezeichnung des Vertreibungsrechts als einer Erfindung Savigny's befindet, die Möglichkeit zu nehmen, Boden zu gewinnen.

[1]) Die beliebte Frage, ob der Zurückgewiesene das i. unde vi durch die Gefahr „eines blutigen Kopfes" erkaufen müsse, wird davon nicht berührt.

wir in dem Falle, wenn der Pächter einer Sache unter Zurückweisung des Verpächters sich selbst zum Besitzer machen will (l. 18 de vi et de vi, c. 34 de loc., c. 10 unde vi). Auch hier stempelt das Gesetz die Handlung des Pächters zu einer vis, und der Verpächter kann seinen Besitz durch Gewalt ungestraft aufrecht halten. Er darf Gewalt gegen Gewalt setzen.[1])

Ließe sich mit dem Satze von der Unmöglichkeit einer possessio plurium in solidum rechnen, so würde aus ihm folgen, daß, so lange der Besitz des Abwesenden dauerte, der Occupant oder der Successor desselben auch Dritten gegenüber nicht als Besitzer auftreten und auf Besitzschutz Anspruch haben könnten. Savigny zieht diese Consequenz, indem er die Möglichkeit der possessio clandestina eines Grundstücks bestreitet.[2]) Bruns lehnt die Consequenz ab. Man müsse, bemerkt er, bei so rein juristischen Sätzen mit der abstracten Logik etwas vorsichtig sein.[3]) In der That haben die Römer selbst mit jenem Satze nicht in der Art argumentirt, wie Savigny dies annimmt. In der l. 1 § 9 uti poss. sagt Ulpian: — si quis possidet — clam — si quidem ab alio, prodest ei possessio. Die possessio clandestina wird also als wirkliche possessio mit dem Anspruch auf Besitzschutz gegen Andere, als den, welchem gegenüber sie vitiosa ist, ausdrücklich anerkannt. Um so mehr gilt dies von der neuen possessio, der das vitium der clandestinitas nicht anklebt.

Die Entstehung des Satzes von der Fortdauer des Besitzes eines Abwesenden, bis er davon erfährt, daß ein Anderer sich der Sache bemächtigt hat, denke ich mir in folgender Weise: Die possessio

---

[1]) Aus dem Hineintragen der heut über die Unzulässigkeit der Selbsthilfe gangbaren Anschauungen, welche sich bei uns aus den Anfängen, die wir in der Geschichte der Landfrieden finden, herausgebildet haben, in das römische Recht ist auch die oben im § 8 besprochene Lehre von der Zurückführung der possessorischen Interdicte auf das Verbot der Selbsthilfe zu erklären, welche Lehre noch in Reinhold Schmid (Pözl, Vierteljahrsschr. Bd. 12. III. S. 85) einen Anhänger gefunden hat. In Deutschland richtete sich das Verbot der Selbsthilfe gegen eigenmächtiges Rechtnehmen allgemein. Bei den Römern war dem Besitzer die Selbsthilfe nicht versagt. Auch das decretum D. Marci traf den Besitzer nicht. Der Besitzschutz und das Verbot der Selbsthilfe sind nicht auf demselben Boden gewachsen.

[2]) Besitz S. 349.

[3]) a. a. O. S. 142 ff.

clandestina stand ursprünglich mit der possessio violenta und der p. precaria auf gleicher Stufe in der Art, daß sie bei Störung durch den, von welchem sie vitio erlangt war, das i. uti possidetis nicht begründete, daß sie zwar gegen vis armata, nicht aber gegen vis quotidiana des früheren Besitzers wiederhergestellt wurde, und daß der frühere Besitzer gegen den possessor clandestinus ein i. de clandestina possessione hatte, wenn er durch vis seine possessio nicht wieder erlangen wollte oder konnte. Nun war auf der einen Seite der Fall möglich, daß der neue possessor „corporalis“ kein possessor clandestinus war, daß die neue possessio also den Stempel der Vitiosität nicht an sich trug. In einem solchen Falle hatte der frühere Besitzer kein possessorisches Rechtsmittel. Auf der anderen konnte der Fall eintreten, daß sich von einer possessio des Ingredienten überall nicht sprechen ließ. Welcher römische Jurist wird den Räuber, den der mit seinen Leuten ad nundinas gegangene Besitzer bei seiner Rückkehr in seinem Hause findet, als Besitzer des Hauses angesehen haben? Gelang es dem zurückkehrenden Besitzer nicht, kurzen Prozeß mit dem Eindringling zu machen, so wurde der letztere nun erst Besitzer, und zwar possessor violentus. Auf der einen Seite erwiesen sich also die Mittel, welche dem Abwesenden geboten waren, um seinen von einem Anderen occupirten Besitz wieder zu erlangen, als nicht genügend, auf der anderen konnte man den Besitz durch die Occupation nicht einmal als verloren ansehen. Damit war eine anderweite Rechtsbildung angezeigt. Man hätte in dem ersteren Falle gegen den neuen Besitzer, dem kein vitium zur Last fiel, ein neues possessorisches Rechtsmittel aus älterem Besitz geben und in dem letzteren bei offenbarer Unredlichkeit des Occupanten dem letzteren allen possessorischen Schutz absprechen können. Diesen Weg schlugen die Juristen des Mittelalters ein. Statt dessen construirten die römischen Juristen den Rechtssatz von der Fortdauer des Besitzes bis zur Kenntniß des Besitzers von der Ingression, einen Rechtssatz, der nicht alle seine Consequenzen vertrug, weil man einerseits den Ingredienten unter Umständen doch bis zu einem gewissen Punkte als Besitzer anerkennen, und weil man andererseits den Besitz unter bestimmten Voraussetzungen auch ohne Wissen des bisherigen Besitzers aufhören lassen mußte.

Dagegen ist die Consequenz nicht wohl abzuweisen, daß mit der Fortdauer des Besitzes auch die Usucapion fortgesetzt werden

kann. [1]). Freilich muß man damit die Möglichkeit in den Kauf nehmen, daß neben dem Abwesenden auch der neue Besitzer, wenn er sich auf fehlerfreien redlichen Erwerb gründet, in die conditio usucapiendi kommt. Praktische Inconvenienzen können daraus nicht entstehen. Denn die Fortdauer des Besitzes des Abwesenden ist davon abhängig, daß der neue Besitzer dem Zurückkehrenden weicht. Bleibt aber der neue Besitzer, nachdem der Abwesende von der Ingression Kenntniß erhalten, in seinem Verhältniß zur Sache, so ist es nicht bedenklich, die Usucapionsfrist für ihn vom Zeitpunkte des Erwerbes der Sache an zu rechnen.

Die Bemerkung Baron's, daß der Abwesende der rei vindicatio gegenüber nicht hafte, scheint mir wenig auf sich zu haben. Man wird nicht umhin können, den Abwesenden, der sich bei der Ingression beruhigt, seinen Besitz ex tunc d. h. mit der Ingression, verlieren zu lassen, so daß die rei vindicatio alsdann nur gegen den Ingredienten stattfindet. Bringt aber der Zurückkehrende den neuen Besitzer zum Weichen, so versteht es sich wieder von selbst, daß auch die rei vindicatio gegen den ersteren gegeben ist.

§. 72. Fortsetzung.

Wie aber, wenn die Abwesenheit des Besitzers vom Grundstück eine längere ist, wie sie weder durch die Verhältnisse des Besitzers zu gewissen Zeiten bedingt, noch aus der Culturart des Grundstücks erklärt wird. Auf diese Frage giebt der Ausspruch des Gaius in der l. 37 § 1 de usurp. Auskunft: Fundi quoque alieni potest

---

[1]) Vgl. Bruns, Besitzklagen S. 162 ff. — A. M. sind Baron, Gesammtrechtsverhältnisse S. 106, Rudorff in Savigny's Besitz Anh. Nro. 106, Hauser Stellvertretung S. 41 Note 25. — Baron, a. a. O. S. 107, beschränkt die Wirkung des Besitzes des Abwesenden darauf, daß ihm die Besitzklagen gegeben sind. Wahrer Besitzer ist nach ihm der Occupant. Hauser construirt das Verhältniß des Abwesenden zum Occupanten dahin: Die in Abwesenheit eines Besitzers vollzogene Besitzergreifung eines Anderen begründet juristischen Besitz; nur in einem Theile ist derselben die rechtliche Wirkung versagt, nämlich im Verhältnisse des unmittelbaren Besitzentziehers zum Abwesenden; der Abwesende verliert durch die Thatsache der Besitzergreifung seinen Besitz, aber im Verhältniß zu demjenigen, welcher ihm den Besitz entzogen hat, wird er rechtlich so behandelt, wie wenn sein Besitz durch die Entziehung nicht verloren oder unterbrochen worden wäre.

aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex neglegentia domini vacet vel quia dominus sine successore decesserit, vel longo tempore abfuerit.[1])

Savigny erklärt die Stelle mit der Ausführung, daß, wenn der Besitzer eine Reihe von Jahren sein Feld unbenutzt liegen lasse, man annehmen könne, daß er den Besitz habe aufgeben wollen. Denn daß er ihn blos vergessen habe, sei höchst unwahrscheinlich. Daß aber durch des Eigenthümers Nachlässigkeit oder Abwesenheit die Sache nicht blos ohne Aufsicht und Detention, sondern ohne Besitzer gewesen sein müsse, erhelle daraus, daß die possessio als vacans bezeichnet werde, so wie daraus, daß sonst selbst durch die neue Occupation kein Besitz hätte anfangen können. Habe der Besitzer nicht aus freiem Entschlusse, sondern aus Furcht die Benutzung des Feldes eine Zeitlang unterlassen, so könne freilich jener Schluß nicht gemacht werden; ebenso wenig wenn die Benutzung der Sache so beschaffen sei, daß sie nur zu gewissen Zeiten wiederkehre und der Besitzer in der Zwischenzeit die Sache nicht besuche.[2])

Diese Auffassung ist von mehren Gesichtspunkten aus angegriffen worden. Schirmer bringt die Stelle damit in Verbindung, daß Gaius den Satz, nach welchem an Immobilien mit Ausnahme des Falles der Dejection des Repräsentanten nur mit der Kenntniß des dominus eine neue Besitzergreifung möglich sei, noch nicht gekannt habe.[3]) Wie aber ist dann die Aufnahme der Stelle in die Digesten ohne Andeutung, daß sie das frühere Recht wiedergebe, zu erklären? Die Stelle muß in der justinianischen Compilation eine Bedeutung gehabt haben, welche ihren Inhalt als geltendes Recht erscheinen läßt.

Nach Lenz[4]) enthält die Stelle nichts von einer Besitzaufgabe, die beim Grundbesitze nur aus den Motiven ab- und also nur dann

[1]) Der Inhalt der Stelle findet sich paraphrasirt im § 7 de usuc. et long. temp. poss.

[2]) Besitz S. 359 ff. — Auch Kierulff, Civilrecht S. 395 erklärt die l. 37 § 1 de usurp. durch die Regel, daß eine dauernde grobe Vernachlässigung der Besitzausübung, weil daraus der Mangel eines ernstlichen animus domini hervorgehe, den Verlust des Besitzes nach sich ziehe.

[3]) Linde's Ztschr. n. F. Bd. 11. S. 401 f. Vgl. auch Mühlenbruch doctr. pand. § 241, Unterholzner im Bd. 4 der tüb. krit. Zeitschr. S. 387 f., Geiger in Linde's Zeitschr. Bd. 13 X S. 244—246.

[4]) Besitz S. 228 ff.

anzunehmen sei, wenn unzweideutig erhelle, daß der Grundbesitzer seinen Besitz aufgeben wolle. Aus bloßer Nichtbenutzung oder aus längerer Abwesenheit aber soll eine Besitzaufgabe keineswegs folgen. Die Stelle soll in Verbindung mit dem darauf folgenden Ausspruche des Gaius l. 38. l. c: Quam rem ipse quidem non potest usucapere, quia intellegit alienum se possidere et ob id mala fide possidet. sed si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit is usucapere, quia neque vi possessum neque furtivum possidet: abolita est enim quorundam veterum sententia existimantium, etiam fundi locive furtum fieri — nur ausdrücken, daß in den zuerst angegebenen Fällen Usucapionshindernisse von objectiver Art nicht vorhanden seien, sondern nur subjective Hinderungsgründe, die in der Person des Occupanten selbst wurzeln. Lenz führt weiter aus, daß der nachlässige oder verreiste Besitzer den Besitz retinire, bis er die Occupation erfahre und sich dabei beruhige, daß aber, da der fehlerhafte Besitz des Occupanten nur clam, nicht vi erworben sei, und die Furtivität kein vitium rei für den Grundbesitz bilde, ein späterer gutgläubiger Acquirent an derartigen Grundstücken, die sonstigen Erfordernisse vorausgesetzt, durch Ersitzung auch Eigenthum erwerben könne. — Diese Auffassung enthält in sich Widersprüche. Bliebe trotz der Occupation der negligente oder abwesende dominus Besitzer, so würde, da Lenz den Satz von der Unmöglichkeit einer possessio plurium in solidum energisch festhält, niemals ein Anderer in die Lage kommen können zu usucapiren, auch wenn er in bona fide wäre, man ließe denn eine Usucapion des Erwerbers ohne Besitzerwerb zu, oder man nähme an, der negligente oder abwesende dominus hätte bis zum Erwerbe der Sache durch den Dritten, der in die Lage zu usucapiren kommen soll, die Occupation erfahren, sich dabei beruhigt und solchergestalt den Besitz aufgegeben. Die erstere Alternative würde Lenz selbst zurückweisen, da er Besitz, wenn auch nicht zur Fortsetzung, so doch zum Anfange der Usucapion für erforderlich ansieht.[1]) Die letztere ist nicht zu halten, weil die fragliche Voraussetzung weder in der Stelle erwähnt ist, noch auch supponirt werden kann. Denn Negligenz und längere Abwesenheit werden mit dem unbeerbten Ableben zusammengestellt, und letzteres

---

[1]) a. a. O. S. 147.

hat die Möglichkeit des Besitzerwerbes für den, der sich der Sache bemächtigt, jedenfalls ohne alle weitere Voraussetzungen zur Folge.

Daß die beiden Stellen, wenn sie auch aus verschiedenen juristischen Werken des Gaius entnommen sind, doch im Zusammenhange mit einander aufgefaßt werden müssen, ist nicht zu bezweifeln. Es erhellt dies nicht blos aus der Beziehung, in welche die Compilatoren die Stellen zu einander gebracht haben, sondern auch daraus, daß in den Institutionen des Gaius auf das aus denselben entnommene Fragment l. 37 § 1 de usurp. folgende Stelle, welche denselben Inhalt hat, wie die l. 38, folgt: nam si ad alium bona fide accipientem transtulerit, poterit usucapere possessor; et quamvis ipse, qui vacantem possessionem nactus est, intellegat alienum esse fundum, tamen nihil hoc bonae fidei possessori ad usucapionem nocet, cum improbata sit eorum sententia, qui putaverint furtivum fundum fieri posse.[1]) Beide Stellen in Verbindung mit einander drücken den Rechtssatz aus, daß die Besitzergreifung an einem fundus, der sich als besitzerlos darstellt, sei es daß er unbenutzt liegt, sei es daß er zu einer vacanten Erbschaft gehört, sei es daß der Eigenthümer lange abwesend ist, den fundus nicht zu einer res vi possessa mache, und daß daher, wenn auch der erste Occupant seiner mala fides wegen nicht usucapiren könne, doch derjenige, der den fundus von diesem bona fide erworben, in die conditio usucapiendi komme. Mit der Annahme einer Besitzfortdauer trotz der Occupation ist dieser Rechtssatz unverträglich. Die Bezeichnung „possessio vacans“ ist allerdings nicht nothwendig dahin zu verstehen, daß schon vor der Occupation der Besitzverlust für den negligens oder absens eingetreten sei. Es hat damit wohl nur ausgedrückt werden sollen, daß ein fundus in Folge von negligentia oder longa absentia des dominus als besitzerlos sich äußerlich darstelle. Die Frage, wann man den Besitzverlust als eingetreten anzusehen habe, ob sich insbesondere schon vor der Occupation ein Besitzverlust animo annehmen lasse, entscheidet der Jurist nicht, weil sie kein praktisches Interesse hat. Es genügt, wenn gesagt wird, daß eine possessio, die sich in Folge der negligentia oder longa absentia des dominus dem Occupanten als vacans darstelle, ungestraft occupirt werden könne.

Wiederholt habe ich darauf hingewiesen, wie der Besitz in der Beschränkung auf das Factische nicht bestehen könne, sondern eine

[1]) Gai. instit. II § 51.

Reihe von Bestimmungen, die seinen Erwerb und Verlust betreffen, den Rechtsnormen, welche den Erwerb und Verlust subjectiver Rechte regeln, zu entnehmen hat. In dem Satze des Gaius erscheint der Besitz von der Beziehung auf das Recht entblößt. Die possessio wird als vacans angesehen, aber das dominium dauert fort. Die ratio des Satzes ist in den socialen Zuständen des römischen Reichs während der Kaiserzeit zu suchen, von denen insbesondere die in dem Codextitel de omni agro deserto enthaltenen Constitutionen Zeugniß geben. Der Fall muß sehr häufig vorgekommen sein, daß der Eigenthümer seinen Grundbesitz unbebaut liegen ließ und sich von demselben entfernte nicht in der Absicht, das Eigenthum aufzugeben, sondern um den Lasten und Beschwerlichkeiten seines Dominiums eine Zeit lang aus dem Wege zu gehen.[1] Dergleichen Grundstücke standen thatsächlich dem ersten Occupanten frei. Man mußte denselben Besitzer werden lassen. Denn es war kein Berechtigter da, der die Entstehung des Machtbewußtseins in dem Occupanten hindern konnte oder wollte. Man mußte auch die Usucapion durch den bonae fidei possessor zulassen. Man wird dieselbe nicht einmal bei dem ersten Occupanten grundsätzlich haben ausschließen können, da ein solcher unter Umständen den fundus als derelinquirt anzusehen und ihn pro derelicto zu usucapiren in der Lage gewesen sein wird.

Auf den von Gaius behandelten Fall ist der Ausspruch des Paulus in der l. 4 § 27 (28) de usurp. zu beziehen: — si occupaveris vacuam possessionem, deinde venientem dominum prohibueris, non videberis vi possedisse. Der Eigenthümer hat keinen Besitz mehr. Er darf also nicht, wie der a nundinis revertens oder wie der Besitzer von saltus hiberni aut aestivi, den Occupanten vertreiben. Daraus, daß ihm das interdictum unde vi versagt ist, wenn ihm der Vertreibungsversuch mißlingt, folgt, daß das Interdict gegen ihn begründet ist, wenn der Versuch der Vertreibung Erfolg hat.

§ 73. Fortdauer und Verlust des Besitzes der Mobilien.

Die Hauptstelle über Fortdauer und Verlust des Besitzes an Mobilien ist die l. 3 § 13 de poss. Paulus: Nerva filius res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus. nam pecus simul atque aberraverit aut vas ita exciderit, ut

[1] Vgl. Witte a. a. O. S. 264.

non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur: dissimiliter atque si sub custodia mea sit nec inveniatur, quia praesentia eius sit et tautum cessat interim diligens inquisitio. Der Ausspruch, so weit er die Fortdauer des Besitzes von Mobilien an die custodia bindet, lautet allgemein und um so allgemeiner, als aus der einen beigefügten Ausnahme hervorgeht, daß der Jurist entweder keine andere Ausnahme anerkennt oder an keine andere gedacht hat.

Savigny hat sich gescheut, diese allgemeine Bedeutung der custodia anzuerkennen. Er liest an Stelle des „id est", welches in der Florentina steht, auf Grund einiger geringerer Handschriften „idem". Die custodia ist ihm die besondere Anstalt, die zur Aufbewahrung der Sache getroffen werden kann, ohne daß aber der Besitz an die custodia nothwendig gebunden ist.[1]) Lenz faßt die Bedeutung der custodia allgemeiner. Er fordert nämlich zum Besitzerwerbe an Mobilien mit Ausnahme der schwer beweglichen, von denen in der l. 1 § 21 de poss. die Rede ist, überall, daß das Besitzobject in die custodia des Erwerbers kommt. Die custodia ist ihm also in allen Fällen bis auf die gedachte Ausnahme das Mittel, den Besitz an Mobilien zu erwerben. Einen absolut abgegrenzten Begriff der custodia stellt Lenz nicht auf. Sie ist ihm der Inbegriff der nach den verschiedenen Besitzobjecten verschiedenen Vorkehrungen, welche dazu gehören, die Sache dauernd in die Macht der Person zu bringen. Er spricht von einer subjectiven custodia, die er unter anderen in den Fällen der l. 79 de solut. l. 18 § 2 l. 51 de poss. l. 5 § 1 de acq. rer. dom., überhaupt überall da annimmt, wo der Besitzerwerber in Person oder durch einen Anderen in eine den Besitz sichernde unmittelbare körperliche Beziehung zur Sache tritt, und von einer objectiven custodia, welche in den Fällen der l. 18 § 2 de poss. l. 74 de contr. empt. l. 3 § 3 l. 44 pr. l. 3 § 14 de poss., also überall da stattfinden soll, wo der Raum, in den die Sache gebracht ist, den Besitz sichert.[2]) Nach Baron ist die custodia bei Mobilien aller Art, mit Ausnahme der Sclaven und der Thiere mit consuetudo revertendi die Grundlage des Besitzes dergestalt, daß durch sie der Besitz erworben und erhalten und daß er mit ihrem

---

[1]) Besitz S. 340 ff.
[2]) Besitz S. 184 ff.

Verlust verloren wird. Die subjective custodia läßt Baron stattfinden, wenn der Besitzer selbst oder durch einen Mandatar die Sache bewacht. Bei der objectiven unterscheidet er, ob es sich um Sachen über oder unter der Erde handelt. Ersterenfalls soll custodia vorliegen, wenn sich die Sache auf der Oberfläche eines Grundstücks befindet, welches derjenige, um dessen Besitz es sich handelt, selbst detinirt oder auf dem er sie mit Erlaubniß des Grundstücksinhabers niederlegt, letzterenfalls, so lange die Erlaubniß dauert. Sachen unter der Erde befinden sich, wenn sie vergraben sind, in der custodia dessen, der sie vergraben hat.

Die Baron'sche Construction der objectiven custodia von Sachen über der Erde hat, so viel bekannt, allseitige Zurückweisung erfahren. Mit Recht, wie sich schon aus der wunderlichen Interpretation ergibt, welche sich die l. 3 § 13 de poss. zu Gunsten des neuen Begriffs hat gefallen lassen müssen. Baron bezieht das „si velimus" nicht auf das Verhältniß des Besitzers zur Sache, sondern auf die Beziehung desselben zu anderen Personen, welche berechtigt seien, den Besitzer an dem naturalem possessionem nancisci zu hindern. Er meint nämlich, die Stelle gelte einmal von dem Falle, wo das Vieh über die Grenzen des Weideplatzes, der dem Besitzer des Viehes gehöre, oder auf welchem derselbe zu weiden berechtigt sei, hinausgehe und sich dann verlaufe, dann aber auch von dem Falle, wo der Besitzer des Viehes ohne Recht sein Vieh auf einen Weideplatz getrieben und das der Confiscation verfallene Vieh sich dort verirrt habe. In diesen Fällen sei der Besitz verloren, während überall da, wo das Vieh auf dem Weideplatze, auf dem der Besitzer des Viehes zu weiden berechtigt sei, sich verlaufe, das naturalem possessionem naucisci posse, si velimus — Platz greife, also der Besitz erhalten bleibe. Das Gekünstelte der vorstehenden Erklärung der l. 3 § 13 fällt in die Augen. Die Erklärung ist durchaus unmöglich. Das naturalem possessionem nancisci posse in der Bedeutung, daß der Besitz erhalten bleibe, wenn das Vieh sich auf dem Weidegrunde, auf dem der Besitzer des Viehes zu weiden berechtigt sei, verlaufen habe, würde nur für kleinen, überall leicht zugänglichen Grundbesitz, aber nicht für die römischen Latifundien, noch für die Schluchten der Apenninen passen. Soll der Besitz fortdauern, wenn das Vieh

[1]) Jahrb. für Dogm. Bd. 7. III. S. 83 ff.

sich verstiegen oder sich zu Tode gefallen hat oder sonst verkommen ist, und die Ueberreste, wenn überhaupt, erst nach Monaten aufgefunden werden?

Die Lenz'sche Auffassung der custodia nimmt dem Ausspruch des Nerva in der l. 3 § 13 seine Bedeutung. Nerva müßte an die schwer beweglichen Mobilien der l. 1 § 21 de poss. nicht gedacht haben, indem er nur die eine Ausnahme zuließ. Es steht der Auffassung aber auch die Erwägung entgegen, daß die custodia weder in der l. 3 § 13 noch an einer anderen Stelle der Rechtsbücher als regelmäßiges Erforderniß des Besitz**erwerbes** hingestellt wird. Ueberall da, wo die Anwesenheit des Besitzers bei der Sache den Besitzerwerb vermittelt, wie insbesondere im Falle der l. 79 de solut., ist der Besitz**erwerb** nicht die Folge einer custodia, die ja immer eine gewisse Dauer haben muß, sondern die Folge davon, daß der Besitzer in der Lage ist, mit der Sache zu machen, was er will. Läßt er die Sache an einem Ort liegen, über den er keine Macht hat, so hat er immer den Besitz erworben. Ein andere Frage ist, ob er den Willen hat, Besitzer zu bleiben.

Nach der Savigny'schen Auffassung der Stelle soll die Fortdauer des Besitzes an Mobilien abgesehen von den Sclaven entweder custodia oder die jederzeitige Möglichkeit der Erlangung der naturalis possessio erfordern. Also der Besitzer muß, wie Savigny sagt, entweder bestimmt den Ort wissen, wo die Sache ist — so daß das nancisci possessionem naturalem blos von seinem Willen abhängig ist — oder er muß die Sache in einer besonderen custodia haben — in welchem Falle er nicht einmal zu wissen braucht, wo die Sache sich grade befindet. — Es will mir scheinen, als gebe die Stelle auch mit der Lesart der Florentina einen guten Sinn. Mit dieser Lesart enthält der erste Satz der Stelle die Regel für die Erfordernisse der Fortdauer des Besitzes der Mobilien, und diese Regel wird im zweiten Satze näher bestimmt. Soll die Regel Bedeutung haben, so muß sie auf alle Mobilien mit Ausnahme der Sclaven Anwendung finden.

Die intensivste custodia besteht darin, daß der Besitzer sich selbst zum custos macht. Dieser Fall liegt vor bei den Sachen, die wir an unserem Körper oder in der Hand tragen. Dieselben kommen auch dadurch nicht aus unserer custodia, daß wir sie ablegen, uns für einige Zeit von ihnen entfernen und damit für diese Zeit auf-

hören, sie in dem unmittelbaren Bereich unserer körperlichen Macht zu haben.

Von der custodia durch eine zu dem Dienste des Bewachens abgeschickte Person ist in der l. 51 de poss. die Rede. Auch diese custodia hat nach der Stelle nur eine provisorische Natur. Hierher gehört ferner die in der l. 3 § 13 de poss. erwähnte custodia des Viehes, das wir unter Aufsicht eines Hirten auf die Weide schicken. Verläuft sich ein Viehstück, ohne wieder gefunden werden zu können, so verlieren wir mit der custodia den Besitz. Die Aufsicht des Hirten ist hier die custodia, nicht der Umstand, daß das Vieh sich auf unserem Weidegrunde aufhält.

Die am häufigsten vorkommende custodia ist die, welche stattfindet, wenn die Sache in einen Raum gebracht wird, über den wir die Macht haben, und der daher die Herrschaft über Sachen vermittelt, welche sich in ihm befinden. Als dergleichen Räume sind die zur Aufbewahrung des Getreides dienenden Magazine (l. 74 de contr. empt. l. 9 § 6 de adq. rer. dom.), der Weinkeller (l. 1 § 21 de poss.), unsere Wohnung (l. 18 § 2 ib.), die vivaria, aviaria, piscinae (l. 3 § 14. 15. ib.) besprochen worden. Hierher gehört der in der l. 3 § 13 de poss. erwähnte Fall, welcher vorliegt, wenn ein Gefäß uns abhanden gekommen ist und nicht wieder gefunden werden kann. Ist dasselbe uns in einem Raume verloren gegangen, welcher nicht unter unserer custodia steht, so verlieren wir den Besitz. Anders, wenn die Sache aus dem Raum nicht fortgekommen ist, und wir dieselbe nur zeitweilig nicht finden können. Wäre nach Lenz unter dem „vas“ der Stelle ein Ring zu verstehen, und hätten wir denselben in unseren Wohnungsräumen verloren, so würde die custodia und unser Besitz fortdauern, auch wenn wir den Ring nicht alsbald wiederfänden und die genauere Nachsuchung vorläufig aufschöben. Ebenso wenig ist zweifelhaft, daß wir Wirthschaftsgeräthe, die sich in unserem Wirthschaftshofe, Gartenutensilien, die sich in unserem Garten befinden, in unserer custodia haben, und daß diese custodia uns den Besitz auch des Geräths, das wir zeitweilig nicht auffinden können, sichert. Aber es versteht sich von selbst, daß unsere Herrschaft über die gedachten Räume nicht für alle unsere Sachen, die sich auf ihnen befinden, die custodia vermitteln kann. Verlieren wir den Ring, dessen Besitz uns, wenn er uns im Zimmer abhanden kommt, durch die custodia des Zimmers gesichert ist, im Garten,

ohne ihn alsbald wiederzufinden, so werden wir in der Regel die Hoffnung auf das bessere Resultat einer diligens inquisitio aufgeben müssen. Darin zeigt sich die Relativität des Begriffs der custodia.

Neben der custodia, welche darin besteht, daß sich die Sache in dem sichtbaren Kreise unserer Macht befindet, gibt es eine andere, welche darin besteht, daß wir die Sache, um sie uns besser zu sichern, aus diesem Kreise entfernen. Hierauf bezieht sich folgender Ausspruch Papinians in der l. 44 pr. de poss: Peregre profecturus pecuniam in terra custodiae causa condiderat: cum reversus locum thensauri memoria non repeteret, an desisset pecuniam possidere, vel, si postea recognovisset locum, an confestim possidere inciperet, quaesitum est. dixi quoniam custodiae causa pecunia condita proponeretur, ius possessionis ei, qui condidisset, non videri peremptum, nec infirmitatem memoriae damnum adferre possessionis, quam alius non invasit —. et nihil interest, pecuniam in meo an in alieno condidissem. Wie da, wo der Besitzer eine in dem seiner Macht unterworfenen Raume befindliche Sache zwar nicht sogleich auffinden kann, jedoch gegründete Hoffnung vorhanden ist, daß er bei sorgfältiger Nachsuchung die Sache wieder finde, der Besitz erhalten bleibt, so soll hier der Umstand, daß die Sache gegen die Besitzergreifung Anderer objectiv gesichert ist, verbunden mit der Hoffnung, daß die Erinnerung an den Ort, wo die Sache verborgen worden, zurückkehren werde, zur Fortdauer des Besitzes genügen.

Soll der Ausspruch des Nerva mit der Lesart der Florentina eine Wahrheit sein, so muß er auch von den schwer beweglichen Sachen der l. 1 § 21 de poss. gelten. Ich trage kein Bedenken, ihn auf dieselben anzuwenden. Die fraglichen Sachen werden gegen ein gelegentliches Wegtragen durch ihr Gewicht geschützt. Aber da sie beweglich, wenn auch schwer beweglich sind, so machen sie, wenn sie unserem Besitz dauernd gesichert sein sollen, doch immer eine gewisse Aufsicht erforderlich, wenn dieselbe auch nur darin besteht, daß wir uns in Person oder durch unsere Leute dann und wann davon überzeugen, daß die Sachen sich noch in der alten Lage auf dem alten Platze befinden [1]).

Daß der Begriff der custodia in der Bedeutung, die ihre Nerva gibt, recht farblos und gestaltlos wird, muß anerkannt werden. Die

[1]) In Ansehung der Thiere mit consuetudo revertendi vgl. oben S. 243 f.

Herstellung des Begriffs kann die Rechtsfindung, wenn die Erfordernisse der Besitzfortdauer in Frage sind, wenig fördern. Das eigentliche Kriterium bleibt das naturalem possessionem nancisci posse.

Bei Sclaven vermittelt schon der ihnen beiwohnende animus revertendi die Fortdauer des Besitzes, und zwar selbst dann, wenn der Sclave sich in der Gewalt eines Anderen befindet, der ihn an der Rückkehr zu seinem Herrn hindert.

§ 74. Fortdauer und Verlust des durch einen Repräsentanten ausgeübten Besitzes.

Während zum Erwerbe des Besitzes durch einen Repräsentanten der Wille des letzteren den Besitz für den Repräsentirten zu erwerben, erforderlich ist, steht es der Fortdauer des Besitzes nicht entgegen, wenn der Repräsentant willensunfähig geworden, wenn er gestorben ist, oder wenn er sich von der Sache, ohne Fürsorge für die Fortsetzung des Besitzes zu treffen, entfernt hat. Diese Sätze ergeben sich aus folgenden Stellen: l. 31 § 3 de usurp. Paulus: Si servus meus vel filius peculiari vel etiam meo nomine quid tenet, ut ego per eum ignorans possideam vel etiam usucapiam: si is furere coeperit, donec in eadem causa res fuerit, intellegendum est et possessionem apud me remanere et usucapionem procedere. — idemque in colono et inquilino, per quos possidemus, dicendum est. — l. 40 § 1 de poss. Africanus: Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset, propter utitatem receptum est, ut per colonum possessio et retineretur et contineretur: quo mortuo non statim dicendum eam interpellari, sed tunc demum, cum dominus possessionem apisci neglexerit. aliud existimandum ait si colonus sponte possessione discesserit. sed haec ita esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hereditate coloni manserit. — l. 44 § 2 de poss. Papinianus: — cum de amittenda possessione quaeratur, multum interesse dicam, per nosmet ipsos an per alios possideremus: nam eius quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo vel etiam corpore, si modo eo animo inde digressi fuissemus, ne possideremus: eius vero, quod servi vel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem, quam eam alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus.

Nach diesen Stellen ist zur Fortsetzung des Besitzes durch einen Repräsentanten der Wille des Repräsentanten nicht erforderlich. Wie der beim unmittelbaren Besitzerwerbe angenommene Besitzwille seine Wirkung in der Fortsetzung des Besitzes dauernd äußert, selbst wenn die Person willensunfähig wird, in ähnlicher Weise bedarf es, damit der Besitz durch einen Repräsentanten fortgesetzt werde, nur des bei der Unterwerfung der Sache unter die reale Macht des Repräsentanten vorhandenen, dem Willen des Repräsentirten entsprechenden Willens des Repräsentanten. Mit diesem Willen erhält der Besitz des Repräsentirten eine gewisse objective Sicherheit. Dieselbe überdauert den Willen des Repräsentanten, sie dauert über den Tod desselben hinaus und ist selbst dann vorhanden, wenn der Repräsentant durch sein Verlassen der Sache seinen Willen kund gegeben hat, wie ihm nichts mehr daran liege, daß der Besitzwille des Repräsentirten in der Sache Realisirung behalte. Diese Unabhängigkeit der Fortdauer des Besitzes von dem Willen des Repräsentanten giebt dem Besitze eine Stellung, welche der eines subjectiven Rechtes, in dessen Fortdauer die zu seinem Erwerbe gehörigen und mit demselben gegebenen Voraussetzungen fortwirken, analog ist.

Dabei aber wird überall vorausgesetzt, daß nichts geschehen ist, wodurch die Sache der Macht des Besitzers thatsächlich entzogen wird. Der Besitz hört also auf, wenn seit dem Eintritte der Willensunfähigkeit des Repräsentanten mit der Sache eine Veränderung vorgegangen ist, welche, auch wenn sie schon vorher erfolgt wäre, den Besitzverlust auf Seite des Repräsentirten nach sich gezogen haben würde, (l. 31 § 3 de usurp.) wenn wir die durch den Repräsentanten besessene Sache nach seinem Tode nicht mehr in seiner Erbschaft vorfinden, (l. 40 § 1 de poss.) wenn ein Anderer an der von unserem Repräsentanten verlassenen Sache inzwischen Besitz ergriffen hat. (l. 44 § 2 de poss.) Alle diese Beschränkungen der Besitzfortdauer beruhen auf dem gleichen Princip: unser Besitz dauert fort, bis wir ihn corpore verloren haben. Bemerkenswerth ist der von Africanus in der l. 40 § 1 de poss. gebrauchte wenig glückliche Ausdruck „cum dominus possessionem apisci neglexerit." Der Jurist spricht aus, der Besitz dauere nicht fort, wenn der Besitzer mit dem Wiedererwerb des Besitzes säumig sei. Er will sagen, daß, wenn der Besitzer nach dem Wegfallen der seinem Besitze durch

die Macht des Repräsentanten über die Sache gegebenen Sicherheit an. Stelle derselben nicht alsbald andere geeignete Vorkehrungen treten lasse, die Gefahr des Besitzverlustes für ihn nahe liege. Mit der bloßen Zögerung ist die Wirkung des Besitzverlustes unmittelbar nicht verbunden.

Aus alledem ergibt sich Folgendes: An Immobilien behalten wir in den Fällen der obigen drei Stellen den Besitz so lange, bis ein Anderer sich der Sache bemächtigt hat, und wir haben gegen diesen Anderen nicht, wie nach einer kürzeren oder durch die Art der Nutzung des Grundstücks bedingten, auch längeren Abwesenheit, das Recht der Vertreibung, noch beim Fehlschlagen des Versuchs der Vertreibung das interdictum unde vi. An beweglichen Sachen verlieren wir den Besitz ebenfalls durch die Besitzergreifung eines Andern. Doch kann der Besitz an ihnen schon dadurch allein, daß die zur Herstellung der objectiven Sicherheit der Herrschaft getroffenen Vorkehrungen wegfallen, verloren werden, auch wenn ein Dritter nicht Besitzer der Sache wird.

Die entwickelten Rechtssätze haben im römischen Rechte weder von jeher unangefochten bestanden, noch haben sie bis zuletzt Geltung behalten. Africanus hat, wenn die Florentina die richtige Lesart der l. 40 § 1 de poss. enthält, die Ansicht gehabt, daß der Besitzverlust für den Repräsentirten bei einem discedere possessione auf Seite des Repräsentanten schon durch das bloße discedere, und nicht erst dann eintrete, wenn ein Anderer den Besitz ergriffen habe. Dies ergibt sich aus dem Zwischensatze der l. 40 § 1 de poss.: Aliud existimandum ait, si colonus sponte possessione discesserit. Andere Manuscripte haben statt „aliud“ „idem“. Darnach würde kein Widerstreit vorhanden sein, Africanus vielmehr mit Papinianus übereinstimmen. Ueberwiegende Gründe für die eine oder die andere Lesart sind aus der Stelle selbst nicht zu entnehmen. Die Satzfolge bleibt in jedem Falle schwerfällig. Denn der Schlußsatz der Stelle: sed haec ita esse vera etc. muß immer mit Ueberspringung des dazwischen stehenden Satzes an den ersten Satz, der den Fall des Todes behandelt, angeknüpft werden. Witte zieht zwar die Lesart „idem“ dem „aliud“ der Florentina vor. Er findet aber in einer anderen Stelle, nämlich in der l. 31 de poss. (Pomponius: Si colonus non deserendae possessionis causa exiisset de fundo et eo rediisset, eundem locatorem possidere placet) den Ausdruck der

Meinung, daß der Besitzverlust für den Repräsentirten schon mit dem discedere des Repräsentanten eintrete, also den Beweis, daß Pomponius sich im Gegensatze zu Papinian befinde, daß mithin eine Controverse unter den römischen Juristen vorhanden gewesen sei. Er argumentirt nämlich a contrario, Pomponius spreche aus, daß, wenn der Pächter das Grundstück verlasse, um dasselbe besitzerlos zu machen, der Verpächter nicht Besitzer bleibe. Weiter führt er aus, die strenge Consequenz spreche für die von Papinian verworfene Ansicht, es müsse also vermuthet werden, daß sie von einzelnen Juristen vertheidigt worden sei.[1]) Mit beiden Argumenten Witte's kann man sich offenbar leichter abfinden, als mit dem durch die Autorität der Florentina gestützten aliud.

Einen weiteren Belag für die Annahme einer Controverse der römischen Juristen findet Savigny in der l. 3 §§ 6—9 de poss.[2]) Die von Paulus herrührende Stelle lautet nach der von Savigny adoptirten Lesart der Florentina: In amittenda quoque possessione affectio eius qui possidet intuenda est: itaque si in fundo sis et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. igitur amitti et animo solo potest, quamvis adquiri non potest. Sed et si animo solo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides. Si quis nuntiet domum a latronibus occupatam et dominus timore conterritus noluerit accedere, amisisse eum possessionem placet. quod si servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserintve, animo retinebo possessionem. Et si alii tradiderim, amitto possessionem. nam constat possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserimus aut vi deiecti fuerimus.

Nach Savigny führt Paulus die vorangestellte Regel, daß bei dem Verluste des Besitzes — an Immobilien — der animus des Besitzers entscheidend sei, in einer Reihe von Anwendungen durch und faßt alle einzelnen Anwendungen schließlich unter die allgemeine Regel zusammen, daß wir den Besitz einer unbeweglichen Sache nicht anders, als entweder durch unseren Willen oder durch eine deiectio verlieren. Savigny findet hierin die bestimmte Behauptung des Paulus, daß der Besitz einer Immobilie für den

[1]) a. a. O. S. 271 f.
[2]) Besitz S. 371 ff.

Repräsentirten selbst dann nicht verloren werde, wenn ein Dritter die Herrschaft über die von dem Repräsentanten verlassene Sache erhalte, gleichviel ob der natürliche Besitz unmittelbar (durch Tradition) auf den Dritten übergehe oder mittelbar, indem erst der Repräsentant ohne Rücksicht auf einen neuen Besitzer die Sache verlasse, und dann dieser sie occupire. Wäre diese Auffassung richtig, so ginge Paulus zu Gunsten der Fortdauer des Besitzes noch einen Schritt weiter als Papinianus, und wir hätten dann drei verschiedene Ansichten, die des Africanus, nach welcher der Besitzverlust für den Repräsentirten mit dem discedere des Repräsentanten eintritt, die des Papinianus, nach der erst die Ingression des Dritten den Besitzverlust herbeiführt, und die des Paulus, nach welcher der Repräsentirte trotz des discedere und des ingredi Besitzer bleibt.

Witte bestreitet diese Bedeutung der Stelle. Er adoptirt zu den beiden letzten Sätzen die folgende haloandrische Lesart: Et si alii tradiderint, amitto possessionem. Nam constat possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserint aut vi deiecti fuerint, und meint, daß der Schlußsatz: nam constat etc. an die Worte: animo retinebo possessionem angeknüpft werden müsse. In dieser Verbindung gebe er den guten Sinn, daß die Aufhebung des körperlichen Verhältnisses zur Sache in der Person des Colonen für sich allein den Verlust des Besitzes für den dominus nur unter besonderen Umständen bewirke — als welche Inhalts der Stelle das nostra voluntate discedere, das vi deiici und das tradere in Betracht kommen, während bei dem decedere und dem sponte discedere der Besitz dem Repräsentirten erhalten bleibe, bis ein Dritter die Sache occupire.[1])

Da indeß die Lesart der Florentina einen guten Sinn gibt, so ziehe ich sie, zumal mit der haloandrischen eine schwerfällige Satzfolge verbunden ist, selbst auf die Gefahr hin, daß man der Stelle die ihr von Savigny beigelegte Bedeutung zu geben, daß man also drei verschiedene Meinungen als in den Digesten vertreten anzuerkennen hätte, der anderen vor. Aber die Lesart der Florentina macht nicht einmal klar, daß Paulus in der That eine andere Meinung als Papinian gehabt hat. Ausdrücklich ist in der Stelle nicht ausgesprochen, daß der Besitz an dem Grundstück, wenn der

---

[1]) a. a. O. S. 274 ff.

Repräsentant gestorben oder es verlassen, nach der Besitznahme durch einen Dritten fortdauere. Der Ausdruck der Meinung, welche Savigny dem Paulus zuschreibt, könnte nur einmal darin, daß das „animo retinebo possessionem“ bedingnngslos, ohne Unterschied, ob das Grundstück von einem Dritten occupirt worden oder nicht, hingestellt ist, und das andere mal in dem Schlußsatz der Stelle gefunden werden, wenn man denselben dahin auffaßt, daß der Jurist alle anderen Fälle des Besitzverlustes an Grundstücken, als den in dem discedere nostra voluntate und den in dem vi deiici liegenden, bewußt verneint habe. Beide Folgerungen sind nicht schlüssig. Das „animo retinebo possessionem“ braucht auf den Fall der Occupation des Grundstücks durch einen Dritten nicht bezogen zu werden. Die Savigny'sche Auffassung des Schlußsatzes aber mit der Unterstellung, daß der Jurist über alle Fälle des Besitzverlustes eine erschöpfende Entscheidung habe treffen wollen, hat genügende Gründe nicht für sich. In der Aufstellung allgemeiner abstrahirter Sätze besteht bekanntlich die Stärke der römischen Juristen nicht. Dergleichen Sätze müssen erst anderweit probehaltig befunden werden, wenn man mit ihnen rechnen will.

Die angegebenen Stellen machen also nur die Controverse klar, welche sich aus dem in der l. 40 § 1 de poss. eingefügten Satze des Africanus im Gegensatz zu der Ansicht ergibt, nach welcher der Besitz an dem vom Repräsentanten verlassenen Grundstück durch das discedere noch nicht verloren wird. Aber freilich steht die Annahme auch dieser Controverse auf schwachen Füßen, da sie eben nur auf dem aliud der Florentina beruht.

Eine Controverse muß jedoch vorhanden gewesen sein. Denn Justinian hat in der c. 12 de poss. eine solche entschieden. Das Gesetz lautet: Ex libris Sabinianis quaestionem in divinas nostri numinis aures relatam tollentes definimus, ut sive servus sive procurator vel colonus vel inquilinus vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cuiuscunque rei dereliquerit vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praeiudicii generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat. Hierauf folgt noch eine unwesentliche weitere Motivirung des Gesetzes.

Witte meint, daß dies Gesetz die von ihm angenommene Controverse zwischen Pomponius und Papinianus zu Gunsten des letzteren entscheide[1]), während Savigny darin eine Entscheidung der von ihm behaupteten Controverse zwischen Paulus auf der einen Seite, Africanus und Papinianus auf der anderen zu Gunsten des ersteren gefunden wissen will[2]). Soviel ist aus der Constitution zu entnehmen, daß in ihr die Rechtsanschauung, nach welcher wir den Besitz an Immobilien trotz der in unserer Abwesenheit erfolgten Besitznahme der Sache seitens eines Anderen unter gewissen Voraussetzungen retiniren, zu einer weiteren Ausbildung gelangt ist. Ebenso ist nach dem Eingange der Constitution sicher, daß die Rechtsentwickelung schon zur Zeit der classischen Juristen begonnen hat. Die in der Constitution zum Abschluß gelangte Rechtsentwickelung geht über den Satz Papinians hinaus, nach welchem der Besitz an einem vom Repräsentanten verlassenen Grundstück mit der Occupation durch einen Anderen aufhört. Darnach scheint die Meinung, deren Ausdruck Savigny in dem obigen Ausspruch des Paulus gefunden hat, allerdings schon zur Zeit der classischen Juristen vertreten gewesen zu sein.

Die Entscheidung Justinians hat wieder zu einer neuen Controverse Veranlassung gegeben. Justinian spricht nicht ausdrücklich von dem Falle, wenn der untreue Repräsentant die Sache einem Anderen tradirt hat. Daraus wird gefolgert, daß außer dem Falle, wo durch die Nachlässigkeit des Repräsentanten ein Anderer in die Lage kommt, den Besitz der Sache zu ergreifen, der Repräsentirte nur dann, wenn der Repräsentant den Besitz doloser Weise, damit ein Dritter die Sache in Besitz nehme, aufgegeben, Besitzer bleiben solle, während er den Besitz verliere, wenn der untreue Repräsentant einen Traditionsact vorgenommen habe. Noch eine andere Auffassung hat Witte. Er meint, die Constitution beziehe sich nicht auf fehlerfreien Besitzerwerb durch einen Dritten, sondern enthalte nur eine Billigung der auch in den Pandekten recipirten Ansicht, daß die Untreue des Besitzers allein die Wirkung des Besitzverlustes nicht haben solle, möge sie in einem derelinquere oder in einem prodere alii bestehen. Es kommt also nach ihm überall auf die bona fides des

---

[1]) a. a. O. S. 284.

[2]) Besitz S. 372 ff.

Dritten an. Eine Bestätigung dessen findet Witte in dem gebrauchten Ausdruck „prodere". Ist der Dritte in gutem Glauben, so wird nach Witte der Besitz verloren, aber nicht durch die Untreue des Repräsentanten, sondern dadurch, daß ein Anderer in gegen Gewalt gesicherter Weise die Sache sich unterworfen hat. Ich kann mich für keine dieser einschränkenden Auffassungen entscheiden. An sich liegt kein Grund vor, unter dem possessionem dolo prodere, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere einen von dem untreuen Repräsentanten vorgenommenen Traditionsact[1]) nicht zu begreifen, und die Motivirung des Gesetzes muß diese Auffassung bestärken. Ist der desidia oder dem dolus des Repräsentanten allgemein die Wirkung der Aufhebung des Besitzes des Repräsentirten versagt, so kann diese Wirkung weder zu Gunsten dessen, dem tradirt wird, noch zu Gunsten eines jeden gutgläubigen Dritten eintreten. Der von Witte angenommene Satz, nach welchem der Besitzwille eines Abwesenden durch jeden fehlerfreien Besitzerwerb eines Anderen unwirksam gemacht werden soll, würde freilich durch die Constitution nicht getroffen werden.

---

[1]) D. h. einen Act, der sich äußerlich als Traditionsact darstellt, wenn er auch juristisch beim Mangel des Besitzes des Tradenten kein solcher ist. — Bruns, die Besitzklagen des römischen und des heutigen Rechts S. 112, sagt, der Fall der directen Tradition müsse dem der mittelbaren Ueberlassung und einfachen Entfernung ganz analog behandelt werden. Eine eigentliche Tradition sei vom Vertreter, da er ja selbst gar keinen eigentlichen Besitz habe, und ihn auch gar nicht anders, als durch Dejection bekommen könne, überhaupt rechtlich gar nicht möglich. Er könne rechtlich nie vacuam possessionem tradere, sondern er könne überhaupt gar nichts anderes thun, als sich factisch entfernen und dadurch dem anderen für die Occupation und Detention Platz machen. Insoweit befinde ich mich mit Bruns in Uebereinstimmung. Wenn derselbe Schriftsteller aber meint, daß Justinian den Besitz des Repräsentirten nur so lange fortdauern lasse, bis derjenige, welchem der Repräsentirte possessionem prodidit, die Sache occupirt habe, so kann ich dies mit dem „ut nihil penitus domino praeiudicii generetur" nicht vereinigen. Man kann bei unbefangener Auffassung des Gesetzes dessen Wirkung nicht blos auf die factische Entfernung und das Platz machen des Repräsentanten beziehen, sondern muß das „ut nihil praeiudicii generetur" auch auf das Eintreten des Dritten in den locus apertus erstrecken. Daraus ergibt sich, daß der Repräsentirte seinen Besitz behält, den er sich dem Occupanten gegenüber durch das Vertreibungsrecht wahren und, wenn er ihn in Folge seiner Zurückweisung durch den Occupanten verliert, durch das i. unde vi wieder verschaffen kann. — Die neuere Literatur über die vorliegende Frage ist in Savigny's Besitz S. 374 f. und S. 687 (Anh. Nro. 121. 122) angegeben.

In Ansehung der Mobilien ist für das Recht der Pandekten kein Zweifel, daß der Besitz, den wir durch einen Repräsentanten fortsetzen, da er schon durch den Wegfall der zur Herstellung der objectiven Sicherheit der Herrschaft getroffenen Vorkehrungen verloren wird, nicht bestehen bleiben kann, wenn ein Anderer die Sache, deren Detention der Repräsentant aufgegeben hat, occupirt, und ebensowenig, wenn der untreue Repräsentant die Sache einem Andern tradirt. Letzteres ist zudem in der l. 33 § 4 de usurp. ausdrücklich ausgesprochen. Darüber wird gestritten, ob die c. 12 de poss. auch auf Mobilien zu beziehen ist. Ihrem Wortlaut nach würde sie die gleiche Anwendung auf Mobilien wie auf Immobilien finden können. In Ansehung der ersteren ist indeß eine Controverse nicht zu entscheiden gewesen. Das Gesetz würde vielmehr, auf Mobilien bezogen, mit der Besitztheorie der Pandekten in unvermitteltem Widerspruch stehen.

§ 75. Fortsetzung: Besitzverlust an den Repräsentanten.

Damit der Repräsentant den Besitz einer Immobilie, die er bisher Namens des Repräsentirten besessen, für sich erwerbe, muß zu dem Willen des Repräsentanten, Besitzer zu werden, die Realisirung dieses Willens hinzukommen, welche darin besteht, daß der dominus an der Wiederholung der Bethätigung seines Besitzwillens gehindert wird. Beruhigt sich der dominus bei seiner Zurückweisung, so verliert er ebenso den Besitz, wie derjenige, der nach zeitweiliger Abwesenheit vom Grundstück einen Anderen als Herrn desselben findet und von demselben zurückgewiesen wird. Macht der bisherige Repräsentirte unmittelbar nach seiner Zurückweisung den Versuch, sich mit Gewalt als Herrn zu behaupten, so erhält er sich den Besitz, wenn der Versuch gelingt; er verliert ihn beim Mißlingen. Der Zurückweisung des Repräsentirten selbst steht die Nichtzulassung eines Abgesandten gleich, welcher den Besitz der bis dahin von dem Repräsentirten besessenen Sache erwerben soll. So kann der Pächter nach l. 12. 18 pr. de vi et de vi den Besitz am Pachtobjecte ergreifen, indem er denjenigen, welchen der Verpächter in der Absicht zur Sache schickt, um den von ihm erledigten Besitz an derselben zu ergreifen, als Herrn der Sache nicht zuläßt.

Die Frage, was zum Verlust des Besitzes beweglicher Sachen an den Repräsentanten gehöre, ist streitig. Zweifelsfrei ist die

Verweigerung der Rückgabe der Sache an und für sich keine ausreichende Bethätigung des Willens zu besitzen, wie dies Marcellus in der l. 20 de poss: — nec tunc quidem semper dominus amittit possessionem, cum reposcenti ei commodatum non redditur: quid enim si alia quaepiam fuit iusta et rationabilis causa non reddendi, non utique ut possessionem eius interverteret? ausspricht. Dasselbe gilt von dem Ableugnen des Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen der Repräsentant detinirt, seitens des letzteren. Auch hier fehlt es an der erforderlichen Schlüssigkeit. Ebenso unzweifelhaft ist, daß ein von dem Repräsentanten verübtes furtum rei den Verlust des bisherigen Besitzes und den Besitzerwerb des Repräsentanten nach sich zieht. Hierauf beziehen sich folgende Stellen: l. 3 § 18 de poss. Paulus: Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere. sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere. — l. 1 § 2 de furtis. Paulus: — is, qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed ita, si id intercipiendi causa, occultaverit. — l. 68 (67) pr. ib. Celsus: Infitiando depositum nemo facit furtum (nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est): sed si possessionem apiscatur intervertendi causa, facit furtum. nec refert, in digito habeat anulum an dactyliotheca, quem, cum deposito teneret, habere pro suo destinaverit. Bestritten aber ist, ob der Besitzverlust durch eine zum Zweck des Furtums vorgenommene contrectatio bedingt ist, oder ob nicht vielmehr der Besitzwille des Repräsentirten auch anderweit wirksamen Ausdruck erhalten kann. Savigny fordert zu dem Besitzverlust an den Repräsentanten immer contrectatio rei durch den letzteren, d. h. körperliche Berührung der Sache zum Zweck des Diebstahls.[1]) Ebenso Kierulff, welcher ausführt, daß erst mit dem heimlichen Entziehen, Fortschaffen, Bemächtigen der Repräsentant die Sache auch körperlich für sich habe.[2]) Diese Meinung ist die herrschende geworden, bis sie namentlich durch Schirmer und Witte erschüttert worden ist.[3])

Prüfen wir die Frage nach den obigen Stellen, so faßt Savigny

---

[1]) Besitz S. 365.

[2]) Civilrecht S. 398 f.

[3]) Schirmer in Linde's Zeitschr. n. F. Bd. 11. S. 398. 467. 476; Witte ebenda Bd. 18. XV. S. 293 ff.

das Celsinische Fragment dahin auf, daß der Schlußsatz desselben zwei Beispiele enthalte, in welchen weder furtum, noch Besitz vorliege. Der dritte Satz soll also mit Ueberspringung des zweiten auf den ersten bezogen werden. Dies würde eine schwerfällige Satzverbindung sein. Die Satzfolge wird einfach, wenn wir das Fragment dahin auffassen: Nachdem Celsus in dem einfachen Leugnen des Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen der Repräsentant detinirt, ein Furtum nicht zu finden erklärt hat, spricht er aus, daß zu einem furtum die Besitzergreifung der Sache, um sie zu veruntreuen, erforderlich sei, und erklärt es für gleichgültig, ob bei dieser Besitzergreifung der Repräsentant den Ring, den er veruntreuen wolle, am Finger trage oder im Kasten verwahre. — Daß der Schlußsatz auf den Mittelsatz zu beziehen ist, scheint mir auch aus dem pro suo destinare hervorzugehen, dessen Verbindung mit dem apisci possessionem des Mittelsatzes näher liegt, als die mit dem inficiari depositum des ersten Satzes. Das Gewicht wird darauf gelegt, daß der Repräsentant, wenn er den Entschluß faßt, die Sache zu behalten, die ausschließliche Macht über die Sache bereits hat, und daß er, wenn der Grad der Sicherheit seiner Herrschaft über die Sache solchergestalt genügend ist, weitere Maßregeln nicht vorzunehmen braucht. Wenn aber in den beiden paulinischen Fragmenten auf das loco movere und das occultare Gewicht gelegt wird, so hat damit das Ungenügende des bloßen infitiari und negare ausgesprochen werden sollen. Es folgt aber daraus nicht, daß das Beiseiteschaffen und Verbergen der einzig relevante Ausdruck des Besitzwillens ist.

Allerdings deuten die beiden paulinischen Fragmente darauf hin, daß die Meinung, nach welcher das loco movere und occultare zum Verlust des Besitzes an den Depositar gehöre, unter den römischen Juristen Anhänger gehabt habe. Diese letztere Meinung läßt sich durch die Erwägung erklären, daß für denjenigen, der die Sache bei einem Anderen niederlegt, so lange die Sache an dem Orte, wo sie niedergelegt ist, sich befindet, die thatsächliche Möglichkeit vorhanden ist, sich die Sache dort wieder abzuholen. Aber freilich ist diese Erwägung nur bei den allereinfachsten Lebensverhältnissen zutreffend. Es mag immerhin rationell sein, anzunehmen, daß für denjenigen, der sein Ackergeräth auf dem Hofe eines Anderen niederlegt, sein Vieh in dem Stalle eines Anderen einstellt, jene thatsächliche Möglichkeit, zumal Selbsthilfe gegen den Detentor nicht verboten

war, die Besitzfortdauer ohne Rücksicht auf einen Aneignungswillen des Detentors vermittelt, der Besitz also erst mit dem Wegfall jener Möglichkeit, mit dem loco movere, occultare verloren wird. Anders liegt die Sache, wenn ein Beutel mit Geld, ein Ring oder ähnliche Werthsachen, deren Aufbewahrung besondere Vorkehrungen des Depositars erfordert, Gegenstand der Deposition sind, und diese Vorkehrungen, so wie sie das Object der Deposition gegen Dritte zu sichern geeignet sind, so auch dem Deponenten die thatsächliche Möglichkeit, sich der Sache zu bemächtigen, nehmen. Und an dieser Erwägung scheint die Rechtsanschauung von dem Erforderniſſe des loco movere und occultare gescheitert zu sein. Es wäre widersinnig anzunehmen, daß der Depositar, der den ihm anvertrauten Beutel mit Geld vergräbt, um ihn für den Deponenten recht sicher aufzubewahren, und der nachmals den Entschluß faßt, das Geld für sich zu behalten, den Beutel, auch wenn der Deponent von dem Vergraben des Beutels nichts erfahren hat, wieder ausgraben müßte, damit der Deponent den Besitz verlöre.

Im Gegensatz zu den paulinischen Fragmenten steht folgender Ausspruch Papinians in der l. 47 de poss.: Si rem mobilem, apud te depositam aut ex commodato tibi, possidere neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est: cuius rei forsitan illa ratio est, quod rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum adferre consuevit. — Das confestim geht allerdings in erster Reihe auf den Gegensatz zu dem Besitzverlust an einer Immobilie, an welcher der Repräsentant nur durch Nichtzulassung oder Abwehr des Repräsentirten, also nicht ignorante domino, Besitz erwerben kann. Aber das constituere sibi possidere neque reddere wird doch ohne das loco movere zum Besitzverlust des bisherigen Repräsentirten für genügend erklärt, und zwar, wenngleich mit einer gewissen Reserve, aus dem Grunde, weil der Fall, wenn der Repräsentant den Entschluß faßt, die Sache zu behalten, dem Fall gleich steht, welcher vorliegt, wenn die Mobilie aus der custodia des Besitzers kommt. So lange der fragliche Entschluß keinen äußeren Ausdruck erhalten hat, kommt er allerdings juristisch nicht in Betracht. Aber jeder schlüssige Ausdruck des Willens muß zum Besitzverlust genügen.

§ 76. B. Spätere Rechtsentwickelung.

Wie unter Anknüpfung an den römischrechtlichen Satz von der Fortdauer des Besitzes eines Abwesenden die Lehre von einer lediglich auf den Willen des Besitzers gestellten Fortdauer der possessio trotz verlorener realer Macht über die Sache ausgebildet worden ist, habe ich im § 24 gezeigt, und den Gedanken, welcher jener Fortdauer der p. civilis zum Grunde liegt, als einen germanischen Rechtsgedanken, als den der von Albrecht sogen. juristischen Gewere, d. h. der Gewere ohne actuellen Besitz in ihrer Bedeutung als eines Rechts auf den Besitz angesprochen. Darauf, daß die Schriftsteller, welche die Gewere lediglich als Besitz auffassen, den Begriff des Besitzes so weit ausdehnen müssen, daß in diesem Begriff auch das Recht auf die possessio unter bestimmten Voraussetzungen Platz findet, habe ich ebenfalls bereits hingewiesen.[1]) So wie die Gewere erworben werden konnte, ohne daß der Erwerbende die possessio im römischen Sinn erwarb, der Erwerb der Gewere also nur ein Recht auf die possessio gab, ebenso konnte die possessio im römischen Sinne verloren werden und die Gewere in der Bedeutung eines Rechts auf die possessio bestehen bleiben.

Dies zeigt sich einmal in der Bedeutung des älteren Besitzes bei einem Streit über die Gewere. Nach Heusler lassen die deutschen Rechtsbücher den älteren Besitz nur wirksam werden, wenn bei einem Streit um Gut beide Parteien sich den Besitz zusprechen, und der Richter, da die Beklagtenrolle durch den Besitz bedingt ist, zuerst untersuchen und entscheiden muß, wer Besitzer sei. Bei diesem Streite bringe, führt Heusler weiter aus, der Richter zuerst zur Gewißheit, ob wirklich beide Parteien Besitzhandlungen, die sich als Ausübung der Gewere darstellen, für sich haben. Sei das Gut solchergestalt von beiden Parteien genutzt worden, so komme es darauf an, zu ermitteln, wessen Besitzausübung in frühere Zeit hinaufreiche. Dem älteren Besitzer werde die Gewere zugetheilt. Denn der Andere erscheine alsdann als Eingreifer in einen schon bestehenden Besitz. Hieraus hat sich nach Heusler bei der häufigen Schwierigkeit des Beweises factischen Besitzes die Praxis entwickelt, daß mit Ueberspringung der ersten Stufe: „wer hat die hebbende Gewere?" die zweite Stufe: „wenn beide sie haben, wer hat die

---

[1]) Vgl. oben S. 247 ff.

ältere Gewere?" in den Vordergrund getreten sei, und die ältere Gewere die Präsumtion gewonnen habe, daß sie auch die gegenwärtige sei.[1])

Es liegt auf der Hand, daß nach dieser „späteren Praxis" die Bedeutung des älteren Besitzes nicht mehr auf das Vorhandensein eines Streits über den Besitzstand eingeschränkt werden kann, wenn man nicht unter dem Besitzstande das Ding verstehen will, welches nicht die Römer, sondern jene Späteren darunter verstanden haben, nämlich die frühere Macht über die Sache, verbunden mit dem Willen ihrer Wiederherstellung. Aber ich glaube nicht fehlzugehen, wenn ich auch schon nach den deutschen Rechtsbüchern dem älteren Besitz eine über den Fall des streitigen Besitzstandes hinausgehende Bedeutung beilege. Die von Heusler (S. 257 ff.) allegirten Stellen sprechen von einem Streit über die Gewere, nicht von einem solchen über den factischen Besitz. Die Gewere wird nun freilich dem zugestanden, der das Gut in Nutz und Gelde hat.[2]) Aber von einem „in Nutz und Gelde haben" ist nicht schon dann zu sprechen, wenn die possessio im römischen Sinne erworben ist. Dies zeigt sich in folgender Stelle, auf welche auch Heusler besonderes Gewicht legt: Richtst. Lehnr. 29 § 2. Spreke aver orer islik, se hedden dat gehad ses weken unde en jar in geweren, so vrage de here, we dar denne de rechte were an hebbe. So vindme de den tins dar ut boret. Spreken se denne beide, se hedden den tins dar beide ut geboret, so vrage de here enes rechtes, eft si en icht vor deme jare scolen hebben dar ut geboret. Dat vindme. Up welkeren denne dat kumpt de vrage, sint he dat in olderen weren hebbe, eft he des icht neger to beholdene si. Beide Theile behaupten Gewere von Jahr und Tag. Beide haben aber Besitzhandlungen im letzten Jahre vorgenommen. In einem solchen Falle wird nicht der jüngste actuelle Besitz ermittelt, sondern der ältere entscheidet. Der jüngere Besitz kommt dem älteren gegenüber nur in Betracht, wenn er sich consolidirt, Jahr und Tag unangefochten gedauert hat.

Diese Bedeutung des älteren Besitzes zeigt sich auch in folgenden Stellen: Sachsensp. II. 43 § 2: Erft egen mut ok en man bat

[1]) Gewere S. 257 ff. 304 ff.

[2]) Vgl. die von Heusler S. 115 a. a. O. aufgenommenen Stellen der Rechtsbücher.

behalden, den en ander gekoft egen oder gegeven. — Richtst. Landr. 26 § 5: Secht he denne, he hebbet gekoft, dar vrage, na dem dat het gekoft het unde di geervet is, wedder dus icht neger sist tu behaldende din erfeigen edder he sines koften gudes. So vindme du sistes neger. — Heusler supponirt einen Streit über den Besitz, mit Unrecht, wenn man römische Begriffe anwendet, mit Recht, wenn man unterstellt, daß der Käufer sich noch nicht Jahr und Tag im Besitz des Gutes befunden hat, als er vom Erben auf Herausgabe des Gutes angesprochen worden ist, und wenn man einen Streit über den Besitz auch da annimmt, wo der Nichtbesitzer an den Besitzer das Verlangen stellt, einen Besitz, der noch nicht Jahr und Tag gedauert hat, zu räumen. Dem Erben kommt der ältere Besitz aus der Person seines Erblassers vermöge der Erbengewere zu statten.

Ganz besonders tritt in der Fortdauer der Gewere des Dejicirten der actuelle Besitz vor dem Recht auf den Besitz zurück. Heusler bemerkt, in dem Gedanken, daß der durch Gewalt seines Besitzes Entsetzte in Rechten gar nicht als des Besitzes verlustig betrachtet werden, sein juristischer Besitz vielmehr trotz der Dejection fortdauern solle, liege eine der stärksten Rechtsfictionen gegenüber dem thatsächlichen Bestande und zugleich eine der stolzesten Aeußerungen der Macht des Rechts über alle Angriffe auf seine Heiligkeit und Unantastbarkeit. Er fährt fort, die ganze Untersuchung über den Besitz bei streitigem Besitzstande beruhe im Grunde darauf, daß man durch die gegnerische Besitzergreifung seinen eigenen Besitz nicht habe verlieren können.[1]) — Der Rechtscharakter der Gewere im Gegensatz zu dem Factum des actuellen Besitzes läßt sich kaum stärker betonen, als es hier von Heusler geschieht. Nur darf man von einer Fiction des Besitzes nicht sprechen, wenn man die Rechtserscheinung durch den juristischen Charakter der Gewere des Nichtbesitzers im Gegensatz zum actuellen Besitz dessen, der die Gewere nicht hat, genügend erklären kann. Die Fiction des actuellen Besitzes, mit welcher die Italiener in dem Processe der Verschmelzung römischen und deutschen Rechts zweckmäßig operirten, sollte jetzt, wo es sich nur mehr darum handelt, in dem Product jener Verschmelzung zu

---

[1]) a. a. O. S. 269 f.

erkennen, was der einen, was der anderen Rechtsauffassung angehört, abgethan bleiben.[1])

Diese Gewere des Nichtbesitzers war es also, die von den Glossatoren und deren Nachfolgern bis auf Menochi und Postius mit der possessio civilis identificirt wurde. Der Rechtsgedanke, nach welchem erst der Jahr und Tag unangefochten gebliebene Besitzstand die rechte Gewere entstehen und damit die bis dahin fortdauernde Gewere des Nichtbesitzers aufhören ließ, lebte insofern fort, als die Fortdauer der possessio civilis durch den Willen des früheren Besitzers, Besitzer zu bleiben und die verlorene Macht über die Sache wieder zu erlangen, vermittelt wurde.

Anfänglich beschränkte man die Annahme der Fortdauer des Besitzes ohne actuelle Macht über die Sache auf Immobilien. Die Ausdehnung des Besitzes auf Mobilien wurde sogar für begriffswidrig und mißbräuchlich erklärt. So heißt es bei Accursius: Immobilia proprie dicuntur possideri. dicitur enim possessio quasi pedum positio. merito ergo ibi datur uti poss., quod ad mobilia aptari non potest: cum non possideantur proprie, sed apud aliquem sunt. sed abusive etiam mobilia dicuntur hodie possideri in usu loquendi.[2]) Diese Auffassung entspricht genau der deutschrechtlichen Gewere an Fahrniß, die keine eigentliche Gewere war. Heusler bemerkt, daß der Ausdruck „varende habe in gewere hebben" wohl in erster Linie die Bedeutung habe: „die Fahrniß in seinem Hause haben", da die Definition der Gewere als des „in nut und gelde habens" auf die Fahrniß nicht passe.[3]) Die Ausschließung der

---

[1]) Laband, Pözl Vierteljahrsschr. Bd. 15 S. 414, spricht dem Dejicirten die Gewere ab. Er läßt ihn nur die processualischen Vortheile der Gewere bei dem Rechtsstreit um das Gut dem Dejicienten gegenüber genießen. Aber nach Schwabensp. Lehnr. 96: Swem man sine gewer mit gewalte nimt, der verliuset weder gewer noch lehen — geht die Gewere durch die gewaltsame Entsetzung überhaupt nicht verloren, und man wird die Fortdauer auch durch einen Uebergang des Besitzes vom Dejicienten auf einen Dritten nicht als ausgeschlossen anzusehen haben. Die übrigen beigebrachten Quellenstellen scheinen mir eine Einschränkung des Rechts des Dejicirten auf sein Verhältniß zum Dejicienten ebenfalls nicht zu erheischen. Eine nothwendige Begrenzung hat die Fortdauer in allen Fällen durch die Entstehung der rechten Gewere auf Seite des Besitzers mittelst ungestörten Besitzstandes des Dejicienten, beziehungsweise seines Nachfolgers Jahr und Tag hindurch.

[2]) Gl. utrubi zu l. 1 utrubi.

[3]) a. a. O. S. 278.

Mobilien von der Möglichkeit, Objecte der possessio zu sein, konnte indeß keinen Bestand haben. Die Auffassung der Glosse wurde bald bekämpft. Es fand sogar die possessio civilis in ihrer Bedeutung als der auf den Willen des Besitzers gestellten Fortdauer der possessio bei einem wider den Willen des früheren Besitzers eingetretenen Verlust des Besitzes an einen Anderen Anwendung auf die possessio an Mobilien. Und zwar war es die dem früheren Besitzer bei Verlust des Besitzes wider Willen zum Zweck der Wiedererlangung des Besitzes gegebene Klage des deutschen Rechts, welche zur Ausdehnung der p. civilis auf Mobilien führte. Der Inbegriff der Voraussetzungen des Klagerechts wurde p. civilis genannt.[1])

Diese Ausdehnung der p. civilis auf Mobilien dauerte, wenn gleich niemals unbestritten, so lange fort, als die alte Bedeutung der p. civilis sich überhaupt erhielt. Mit dem Verschwinden derselben lebte die deutschrechtliche Mobiliarklage wegen Verlusts des Besitzes wider Willen in dem remed. ex can. Red. oder der actio spolii, wie das Rechtsmittel später hieß, weiter. Aber die Anwendbarkeit auch dieser Klage auf Mobilien war angefochten.[2])

§ 77. C. Die neueren Codificationen.

Das preußische Recht steht betreffs der Unabhängigkeit der Besitzfortdauer von der Fortdauer der Fähigkeit zum Besitzerwerbe auf

[1]) Menochi, de praesumpt. lib. 6 praes. 64 Nro. 23, wendet den Satz: possessionis amissio voluntatisque mutatio non praesumitur — auch auf Mobilien an. Desgleichen Ripa, comment. in c. 3 X. de caus. poss. et propr. (II, 12) Nro. 23. — Vgl. ferner Mascard, de prob. concl. 1202 Nro. 21 seq., Alciat. tract. de praesumpt. II. pr. 21 Nro. 6. — In den comment. de recup. poss. rem. 15 Nro. 406 vertheidigt übrigens Menochi die entgegengesetzte Meinung unter Berufung auf Accursius. Ebenso widerspricht sich Ripa, indem er im Comment. zu l. 15 de poss. Nro. 8 sagt, daß es bei Mobilien keine von der p. naturalis verschiedene p. civilis gebe. — Vgl. auch Brunnemann, comment. zu l. 47 de poss., wo die letztere Meinung des Menochi adoptirt wird.

[2]) Vgl. Carpzov iurisprud. for. p. 1 const. 6 def. 8 i. f., wo für die a. spolii betreffs der Mobilien es für genügend erklärt wird, daß der Kläger früher besessen habe. Dagegen bestreiten Ziegler, diss. ad c. Red. (c. 6 § 4) und Böhmer, ius ecclesiast. lib. II. tit. 13 § 2, die Anwendbarkeit der Klage auf Mobilien. — Fleck, commentat. p. 95, sagt, diese Anwendbarkeit stehe im Gerichtsgebrauch unerschütterlich fest (Aethiopem potius lavaveris, quam contrariam sententiam foro eripueris).

dem römischen Standpuncte, indem es bestimmt, daß die Fortdauer des Besitzes durch eine Veränderung in den persönlichen Eigenschaften des Besitzers nicht berührt werde. Den römischrechtlichen Satz, nach welchem ein Willensunfähiger den Besitz in allen den Fällen behält, in denen der Besitzverlust auf den animus des Besitzers gestellt ist, extendirt es dahin, daß nur derjenige, der über eine Sache frei zu verfügen berechtigt sei, sich des Besitzes derselben entschlagen könne. Ueber den Verlust des Besitzes durch den Willen, nicht zu besitzen, bestimmt es, daß dieser Wille unter Aufgebung der Gewahrsam durch Worte oder concludente Handlungen erklärt werden müsse. Dabei enthält es die Interpretationsregel, daß eine Sache nicht für verlassen angesehen werden könne, so lange sie sich an einem Orte befinde, von dessen Zugang der Besitzer Andere auszuschließen berechtigt sei, und ebenso wenig, so lange sie die Merkmale, womit das Eigenthum einer in Besitz genommenen Sache bezeichnet zu werden pflege, noch an sich trage.[1])

In Ansehung des Besitzverlustes wider den Willen des Besitzers stellte der sogen. gedruckte Entwurf folgende Sätze auf: § 78. Der einmal erworbene Besitz wird der Regel nach durch die bloße Absicht zu besitzen fortgesetzt. § 79. Diese Absicht ist jedoch nicht hinreichend, wenn es dem bisherigen Besitzer durch eine Handlung oder Begebenheit unmöglich wird, über die Sache selbst oder durch Andere zu verfügen. Dazu bemerkte Suarez: „Der römische Grundsatz: possessio continuatur solo animo, den man § 78 aufgenommen hat, ist nur in dem Verstande wahr, daß, wenn Jemand eine Sache — einmal in Besitz genommen hat, dieser Besitz immer fortdauert, wenn er auch weiter keine actus possessorios ausübt, so lange die Sache nur noch in seiner Gewahrsam bleibt; denn kommt sie aus dieser Gewahrsam heraus, so ist der bloße animus allein offenbar nicht in allen Fällen hinreichend den Besitz zu continuiren. — Der § 79 ist ebenfalls in der Verbindung und nach der Fassung, wie er da steht, nicht richtig; denn es sind Fälle möglich, daß ich die Gewahrsam einer Sache dergestalt verloren haben kann, daß es mir nicht mehr möglich ist, darüber zu disponiren, und doch habe ich den Besitz noch nicht verloren, z. E. die mir von einem unbekannten Spitzbuben gestohlene Uhr. — Der Besitz wird verloren a) durch

---

[1]) A. L. R. I. 7 §§ 113. 115. 118—120.

Veränderung in der Sache selbst, wodurch die fernere Gewahrsam derselben dem bisherigen Besitzer unmöglich wird, z. B. per rei interitum, durch eine solche a tertio unternommene mutationem formae, wodurch die Sache aufhört dieselbe zu sein rc., b) per derelictionem, c) dadurch, daß der Besitz einer aus der Gewahrsam des bisherigen Besitzers gekommenen Sache von einem Anderen ergriffen wird, insofern nur diese neue Besitzergreifung nec vi nec clam nec precario geschieht, d) dadurch daß der bisherige Besitz einer Sache von dem bisherigen Besitzer einem Anderen eingeräumt wird.[1]" In dem von Suarez gewählten Beispiel der gestohlenen Uhr zeigt sich die Lehre von der trotz verlorener actueller Macht über die Sache fortdauernden possessio civilis in ihrer Ausdehnung auf Mobilien. In Folge der Suarez'schen Monita wurde der § 78 des Entwurfs gestrichen und der § 79 in folgende Fassung gebracht: „Dagegen hört der Besitz auf, wenn es durch ein die Sache selbst und deren Substanz betreffendes Ereigniß dem Besitzer unmöglich wird, die verlorene Gewahrsam wieder zu erlangen." In Betreff des trotz verlorener Gewahrsam retinirten Besitzes aber entschied man sich dahin, den Besitz so lange fortdauern zu lassen, bis ein Dritter auf fehlerfreie Weise den Besitz der Sache ergreife[2]).

Das österreichische Gesetzbuch hat über den Besitzverlust körperlicher Sachen keine andere Bestimmung als die, daß der Besitz verloren geht, wenn die Sache ohne Hoffnung, wieder gefunden zu werden, in Verlust geräth, wenn sie freiwillig verlassen wird oder in fremden Besitz kommt[3]) Es wird also in der Hauptsache der römischrechtliche Standpunct eingenommen. Gestritten wird darüber, ob auch die Bestimmungen des römischen Rechts über den Verlust des Besitzes von Immobilien für das österreichische Recht aufrecht zu halten sind. Randa nimmt mit gutem Grunde an, daß der römischrechtliche Satz, nach welchem der Besitzverlust erst eintritt, wenn der Besitzer von der Invasion Kenntniß erhält und sich dabei beruhigt, im österreichischen Recht nicht gilt[4]).

Das fränzösische Recht enthält keine Vorschriften über den Verlust

---

[1]) Simon und v. Strampff Materialien S. 269 f. 275 f.

[2]) a. a. O. S. 367 f.

[3]) § 349.

[4]) Der Besitz nach österr. Rechte S. 226 Note 35.

des Besitzes. Doch ist auch ihm der Versuch, jenen römischrechtlichen Satz nutzbar zu machen, nicht erspart geblieben. Aus der im art. 2238 des code civil enthaltenen Bestimmung, nach welcher für denjenigen, der bisher im Namen eines Anderen besessen, die Möglichkeit, die Sache in eigenem Namen zu ersitzen, erst damit eintritt, daß der Repräsentant dem Recht dessen, für den er bis dahin besessen, auf die Sache widerspricht, hat Planck entnommen, daß man den Besitz an Grundstücken nach französischem Recht auch abgesehen vom Falle der Stellvertretung nicht anders, als animo verlieren könne.[1])

Die Redactoren des sächsischen Gesetzbuchs haben sich die Aufgabe gestellt, das römische Recht zu reproduciren. Den mehrerwähnten Satz des römischen Rechts geben sie dahin wieder, daß durch Besitzhandlungen Anderer während der Abwesenheit des Besitzers dem letzteren der Besitz einer unbeweglichen Sache erst verloren gehe, wenn der Besitzer nach erlangter Kenntniß davon sich den Besitz nicht sofort wieder verschaffe. Durch bloße Entfernung von der Sache oder Unterlassung von Besitzhandlungen wird der Besitz nicht verloren. In Ansehung des durch einen Repräsentanten ausgeübten Besitzes spricht das Gesetzbuch aus, daß der Besitz nicht verloren werde, wenn der Vertreter sterbe oder willensunfähig werde, auch nicht durch den bloßen Willen des Repräsentanten, den Besitz aufzugeben oder selbst oder für einen Anderen zu besitzen. Es läßt den Besitz aufhören, wenn der Vertreter sich die Sache durch eine körperlich daran vorgenommene Handlung zueignet oder den Besitz einem Anderen überläßt. In diesen beiden Fällen aber läßt es bei Immobilien den Verlust erst eintreten, wenn der Besitzer nach erlangter Kenntniß von der Untreue des Vertreters sich den Besitz nicht sofort wieder verschafft.[2])

---

[1]) Planck, die Lehre vom Besitz nach den Grundsätzen des französischen Civilrechts S. 80 Note 42; vgl. Randa a. a. O.

[2]) §§ 211 bis 216.

§ 78. V. Die zukünftige Rechtsgestaltung.

Die Stellung des Erwerbes, der Fortdauer, und des Verlustes des Besitzes auf juristische Voraussetznngen, welche den Besitz, indem sie ihn von seiner angenommenen Grundlage als eines Raumverhältnisses der Person zur Sache lösen, den subjectiven Rechten näher bringen, hat ihren Hauptgrund in der Beziehung des Besitzes auf Interdicte und Ersitzung. Aber die Stellung dieser beiden Institute im Rechtsleben ist wankend geworden.

Die Gründe, aus denen ich annehme, daß die possessorischen Rechtsmittel in Ansehung der Immobilien mit der gegenwärtigen Rechtsentwickelung aus dem Rechtsleben verschwinden müssen, habe ich im § 38 angegeben. Auch die Usucapion wird keiner Pflege mehr bedürfen. Findet Eigenthumserwerb an einem Grundstück bei freiwilliger Veräußerung nur durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigenthumsübergangs im Grundbuch statt, (§ 1 des preuß. Ges. über den Eigenthumserwerb ꝛc. an Grundstücken ꝛc.) so kann freiwillige Veräußerung kein Titel mehr sein, der zur Usucapion führt. Die ordentliche Ersitzung wäre also nur möglich bei einem Titel, der nicht in freiwilliger Veräußerung bestände. Weiter ist bestimmt, daß gegen den im Grundbuch eingetragenen Eigenthümer ein Erwerb des Eigenthums am Grundstück durch Ersitzung nicht statt findet. (§ 6 a. a. O.) Wollte man die Worte „gegen den eingetragenen Eigenthümer" premiren, und die Bestimmung auf den Fall nicht Anwendung finden lassen, daß im Grundbuch als Eigenthümer ein Anderer, als der wirkliche Eigenthümer eingetragen wäre, so käme man dahin, die ordentliche Ersitzung zuzulassen, wenn der Ersitzende einen Titel, der auf keiner freiwilligen Veräußerung beruht, geltend zu machen hätte, und der wahre Eigenthümer aus dem Grundbuch nicht ersichtlich wäre. Die letztere Voraussetzung würde wieder nur dann vorliegen, wenn der Eigenthümer das Eigenthum außerhalb der Fälle einer freiwilligen Veräußerung erworben hätte. Als Resultat würde sich ein recht buntes principloses Recht der Ersitzung ergeben.

Die Frage der Ersitzungsmöglichkeit ist übrigens bestritten. Dernburg meint, daß der, welcher auf Grund eines die Eigenthumsübertragung bezweckenden Rechtsgeschäfts die Uebergabe erlangt habe, usucapiren könne; denn es fehle ihm an einem zur Erlangung

des Eigenthums geschickten Titel nicht.[1]) Meyer hat die entgegengesetzte Ansicht aufgestellt. Er führt aus, der Erwerber müsse wissen, daß er durch ein Rechtsgeschäft mit folgender Tradition nicht mehr, wie früher, Eigenthümer werden könne; es fehle also der Titel, d. h. die objective Grundlage der bona fides, die in dem Usucapienten die Ueberzeugung, Eigenthümer zu sein, habe hervorrufen können.[2]) — Für die Meinung Dernburg's spricht das Verhältniß der usucapio zur mancipatio und in iure cessio. Das römische Eigenthum an res mancipi konnte durch Tradition ex iusta causa ohne mancipatio oder in iure cessio nicht erworben werden. Dennoch wurde man durch Usucapion Eigenthümer einer ex iusta causa tradirten Sache, wenn keine jener Rechtsgeschäftsformen beobachtet war. Aber dieser Zweifelsgrund ist doch nicht haltbar. Mit dem Mangel der bona fides läßt sich zwar nicht operiren. Denn nach älterem römischem Recht kam der Empfänger einer res mancipi, obwohl er wußte, daß die bloße Tradition ihn nicht zum Eigenthümer machen konnte, dennoch durch die Tradition in die conditio usucapiendi. Man kann der Dernburg'schen Ansicht nur mit dem Argument begegnen, daß es sich mit dem rechtspolitischen Grunde des Gesetzes nicht verträgt, wenn in die dispositive Vorschrift, nach welcher Eigenthum bei freiwilliger Veräußerung nur durch Auflassung und Eintragung erworben werden soll, sofort eine Lücke gemacht wird durch Anerkennung der rechtlichen Möglichkeit, die gedachte Vorschrift zu umgehen. Es ist ja gewiß richtig, daß die römische Usucapion auch die Bedeutung gehabt hat, die mangelhafte Form des Eigenthumserwerbs zu ergänzen. Sie ist also in dieser Bedeutung ein Aushilfsmittel gegenüber den schwerfälligen Rechtsgeschäftsformen des ius civile gewesen, ein Aushilfsmittel, welches die Nachtheile der Nichtbeobachtung jener Formen aufgehoben und die Nichtbeobachtung prämiirt, wenigstens die fraglichen Formen in ihrer Bedeutung wesentlich geschwächt hat. Von der Usucapionswirkung, welche in der Ergänzung eines formell unvollkommenen Erwerbes besteht, bis zur Anerkennung dieses Erwerbes als eines

---

[1]) Preuß. Privatr. Bd. 1 S. 522.

[2]) Das preußische Grundbuchrecht S. 19 und Zeitschr. für hannov. Recht Bd. 6 S. 34 f. — Gegen Meyer tritt Wersebe in demselben Bande der Zeitschr. für hannov. Recht S. 65 ff. auf.

von Anfang an auch formell wirksamen ist der Schritt nicht mehr groß. Jene Formen sind ja auch in der That später verschwunden. Nun kann es jetzt unmöglich die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, neue Formen einzuführen und gleichzeitig die Nichtbeobachtung dieser Formen bis zu einem bestimmten Punkte unwirksam zu machen durch stillschweigende Zulassung eines Aushilfsmittels, welches anderen Formen gegenüber seine Berechtigung gehabt haben mag, das aber die neuen Formen von vornherein schwächen und ihnen einen guten Theil ihrer Bedeutung nehmen würde.

Dem titulus pro legato will Meyer seine alte Bedeutung lassen. Aber ist in diesem Titel nicht auch eine freiwillige Veräußerung — donatio quaedam a defuncto relicta [1]) — enthalten? Als Eigenthumserwerbsgründe, bei denen eine freiwillige Veräußerung nicht in Frage kommt, scheinen mir abgesehen von den seltenen Fällen, wo ein Grundstück bis dahin noch keinen Eigenthümer gehabt hat, nur Erbgang, Enteignung, Adjudication im iudicium communi dividundo und bei der Zwangsversteigerung, so wie Abschluß einer gütergemeinschaftlichen Ehe [2]) gelten zu können.

Erbgang kann an sich einen titulus pro suo begründen, wenn der Erbe der Meinung ist, eine Sache sei eine Erbschaftssache, die es wirklich nicht ist. Diese Meinung würde in dem Erben, wenn nicht der Erblasser, sondern ein Dritter als Eigenthümer eingetragen wäre, nur unter der Voraussetzung entstehen können, daß der Erbe dafür hielte, sein Erblasser hätte von dem als Eigenthümer Eingetragenen das Eigenthum außerhalb eines der Fälle freiwilliger Veräußerung erworben. Der Erbe könnte also jener Meinung sein, wenn er sich in dem Irrthum befände, sein Erblasser hätte den als Eigenthümer Eingetragenen beerbt. — Ebenso läge die Sache, wenn Adjudication oder ein anderer Erwerbsgrund, bei welchem die Eintragung nicht erfordert wird, das Medium wäre, durch welches die Ersitzung ermöglicht werden sollte.

Aber auch in diesen Fällen möchte ich eine Usucapion nicht zulassen, vielmehr die Worte, daß die Ersitzung gegen den eingetragenen Eigenthümer nicht stattfinde, dahin auffassen, daß die Vorschrift auch denjenigen, der sein Eigenthum von dem eingetragenen

---

[1]) Vgl. Brinz Pandekten § 207.

[2]) Vgl. Förster, preußisches Grundbuchrecht S. 96.

Eigenthümer herleitet, ohne daß er zum Eigenthumserwerb die Eintragung nöthig hat, gegen die Möglichkeit des Eigenthumsverlustes durch Ersitzung der Sache seitens eines Dritten schützen soll. Das System des Grundbuchs erfordert unbeschadet der rechtlichen Möglichkeit, eine Eintragung als ungehörig anzufechten, eine Continuität der Successionen. Es verträgt sich mit der Erhebung eines Nichtrechts zum Recht durch Zeitablauf, welche durch die Ersitzung bewirkt wird, nicht. Es will eben durch ganz andere Mittel den von Gaius angenommenen Zweck der Einführung der Usucapion, ne quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, erreichen.

Im Gesetzbuch für das Königreich Sachsen ist der Satz, daß Eigenthum an Grundstücken durch Ersitzung nicht erworben werde, ganz allgemein ausgesprochen. Es ist dies die nothwendige Consequenz des in demselben Gesetzbuch aufgestellten Satzes, nach welchem der Eigenthumserwerb an Grundstücken durch Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch ohne das Erforderniß des Besitzerwerbes stattfindet.[1] Das sächsische Gesetzbuch geht weiter, als die preußische Gesetzgebung, insofern es auch außerhalb der Fälle der freiwilligen Veräußerung einen Eigenthumserwerb ohne Eintragung nicht gelten läßt. So werden Adjudication und Erbfolge nicht als Eigenthumserwerbungsarten anerkannt, sondern sie geben nur einen Rechtsgrund zur Eigenthumserwerbung durch Eintragung. Sie stehen also in dieser Hinsicht dem Vertrage gleich. Die preußische Gesetzgebung hat den offenbar bedenklichen Satz, daß der Erbe erst durch Eintragung in das Grundbuch Eigenthümer werde, nicht aufnehmen, und auch in Ansehung des Erwerbes durch Adjudication u. s. w. das bestehende Recht nicht ändern wollen. Aber gewiß liegt es nicht im Geiste dieser Gesetzgebung, die Möglichkeit der Ersitzung zu eröffnen, wenn derjenige, der durch Erbfolge oder Adjudication Eigenthümer geworden ist, seinen Erwerb nicht eintragen läßt.

In Ansehung der Grundstücke, für welche die Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 die Anlegung eines Grundbuchblatts nicht anordnet, kann die Ersitzung in Zukunft noch geltend gemacht werden, mit der Einschränkung jedoch, daß eine nach dem Eintritt der Rechtskraft des Gesetzes, beziehungsweise nach Anlegung der

[1] §§ 276. 277. 279.

Grundbücher stattfindende Veräußerung einen Titel durch Ersitzung nicht mehr abgeben kann. Denn für den Fall einer Veräußerung derartiger Grundstücke wird die Anlegung eines Grundbuchblatts im § 2 der Grundbuchordnung für erforderlich erklärt. Die Anlegung muß also der Veräußerung vorausgehen.

Es ist die Ansicht ausgesprochen worden, daß nach der preußischen Gesetzgebung in Zukunft noch Theile eines Grundstücks, die im Grundbuch nicht nachgewiesen seien, zu Eigenthum ersessen werden können.[1]) Ist hier an den Fall einer Grenzverwirrung gedacht, so wird aushilfsweise der ruhige Besitzstand zu entscheiden haben.[2]) Für das Institut der Ersitzung ergibt sich daraus das Bedürfniß einer besonderen Pflege nicht. Ist aber der Fall eines nicht ausreichenden, der Intention der Grundbuchsordnung nicht entsprechenden Inhalts des Grundbuchs und beziehungsweise des Steuerbuchs, das zur Ausmittelung der Lage und Größe der Grundstücke zu dienen bestimmt ist, gemeint, so ist nicht zweifelhaft, daß ein Streit über das Eigenthum nach dem bisherigen Rechte, also eintretenden Falls auch unter Berücksichtigung der Ersitzung als einer Eigenthumserwerbsart zu entscheiden und demgemäß eine Vervollständigung oder Berichtigung des Grundbuchs vorzunehmen ist.

Was bleibt von der rechtsökonomischen Bedeutung des Immobiliarbesitzes übrig, wenn die Beziehung des Besitzes auf Interdicte und Ersitzung als wegfallend gedacht wird? Offenbar nicht genug, um ihn als selbständiges juristisches Verhältniß zwischen Person und Sache aufrecht zu halten und seinen Erwerb, seine Fortdauer und seinen Verlust auf juristische Bestimmungen zu stellen. Die römischrechtlichen Sätze über animus und corpus, über subjective und objective Besitzfähigkeit, über die Bedeutung der Willensfähigkeit für den Erwerb, die Fortdauer, den Verlust des Besitzes, über das Requisit der Bestimmtheit des Besitzobjects, über Fortdauer und Verlust des Besitzes eines Abwesenden, über Erwerb, Fortdauer und Verlust eines durch Repräsentanten ausgeübten Besitzes müssen ihre praktische Bedeutung verlieren. Wie sehr wir auch Grund haben, die Sicherheit zu bewundern, mit der die Römer das Fahr-

---

[1]) Achilles, die preußischen Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht S. 43 Note 10.

[2]) Vgl. sächs. Gesetzb. § 365.

zeug des Besitzes zwischen der Scylla des Rechts und der Charybdis der Thatsache hindurch gesteuert haben, unsere Gesetzgeber sind einer Wiederholung dieser Fahrt überhoben. Die in Rede stehenden Sätze des römischen Rechts müssen, sobald die angebahnte Rechtsentwickelung mit der Anlegung von Grundbüchern im Sinne der preußischen Gesetzgebung Boden gefunden haben wird, zu den Antiquitäten gelegt werden.

Wie liegt die Sache in Ansehung des Mobiliarbesitzes? Geht die Rechtsentwickelung dahin, daß an Mobilien der Eigenthumsschutz in der Form des Besitzschutzes bei Verlust des Besitzes wider Willen oder bei Störung des Besitzes gegeben wird, im übrigen aber der gegenwärtige Besitz gegen Ansprüche auf Grund eines Rechts zum Besitz Schutz erhält, (vgl. oben § 38) so kann es auch für Mobilien keine Interdicte und keine Ersitzung mehr geben. Der Besitz hat alsdann auch hier keine Selbstständigkeit mehr. Er ist darauf beschränkt, anderen Rechtsverhältnissen, insonderheit dem Eigenthum, dienstbar zu sein. Dies gilt namentlich von der Bedeutung, welche der Besitzerwerb für den Eigenthumserwerb durch Occupation hat. Ebenso von der Bedeutung der Tradition für den Eigenthumserwerb, so weit und so lange das Recht den Eigenthumserwerb überhaupt an die Tradition knüpft. Es wird bei der Lehre vom Eigenthum unter den Voraussetzungen der Occupation und der Tradition auch der Besitzerwerb seine Stelle finden müssen. Aber von einer Stellung des Besitzes auf juristische Voraussetzungen, die ihm eine selbständige Stellung im Rechtssystem sichern, wird nicht wohl mehr die Rede sein können.

Eine besondere Besprechung bedarf der Besitz, beziehungsweise der ältere Besitz als Voraussetzung der Klage zum Schutz des Rechts auf den Besitz der Mobilien.

Die Klage des französischen Rechts ist dem, der eine bewegliche Sache verloren hat oder dem sie gestohlen worden ist, innerhalb einer Frist von drei Jahren von der Zeit des Verlustes oder des Diebstahls an gerechnet gegeben, und sie findet gegen jeden späteren Besitzer statt. Auch der frühere Detentor hat die Klage, so wie der bloße Detentor der Klage gegenüber passiv legitimirt ist. Streitig ist die Frage, ob die Klage auch bei Veruntreuung der Sache durch eine Mittelsperson gegen jeden späteren Besitzer — oder Detentor — begründet, der Fall der Veruntreuung also dem des Diebstahls

gleichgestellt, oder ob der frühere Besitzer im Fall solcher Veruntreuung nach der Rechtsparömie: „Wo man seinen Glauben verloren hat, da muß man ihn wieder suchen," auf die Klage gegen die Mittelsperson aus dem zwischen beiden bestehenden Rechtsverhältnisse beschränkt [1]) ist.

Der Wortlaut der Bestimmung des französischen Rechts schränkt die Klage über Gebühr ein. Daher die verschiedenen Controversen über die Grenzen des Klagerechts. Die Auffassung, nach welcher dasselbe außerhalb der Fälle des eigentlichen Verlierens und des eigentlichen Diebstahls versagt werden soll, geht davon aus, daß in der Zulassung der Klage überhaupt eine strict zu interpretirende Ausnahmebestimmung von der Regel: „en fait de meubles la possession vaut titre," d. h. „bei beweglichen Sachen vertritt der bloße Besitz die Stelle des Eigenthums" zu finden sei. Ob diese Auffassung im Sinne des Gesetzes liegt, kann dahin gestellt bleiben. Jedenfalls hat das germanische Recht die Klage nicht solchergestalt beschränkt. Dieselbe fand allgemein bei unfreiwilligem Besitzverlust statt, und ein solcher wurde u. a. auch angenommen, wenn ein Handwerker Sachen, die ihm zur Bearbeitung übergeben worden, veräußert hatte. [2]). Noch weniger harmonirt jene Beschränkung mit dem Entwickelungsgange, den die Spolienklage in Deutschland genommen hat. Diesem Entwickelungsgange würde es entsprechen, die Klage bei allem unfreiwilligen Besitzverlust, also auch bei Besitzverlust durch eine Mittelsperson stattfinden zu lassen, und gegen sie die Einrede des redlichen Erwerbes zu geben. Auch dürfte die Klage dem bloßen Detentor und gegen einen bloßen Detentor vorbehaltlich der Befugniß des letzteren, seinen Auctor zu benennen, zu geben sein. Damit würde der gesunde und gegenwärtig noch verwendbare Rechtsgedanke, welcher der Spolienklage zum Grunde liegt, zu seinem Recht kommen, und das Rechtsmittel eine principmäßige Gestaltung und Abrundung erhalten.

---

[1]) C. c. art. 2279; Zachariä franz. Civilr., Ausg. von Anschütz Bd. 1 S. 435. 536 ff. 538 Note 9.

[2]) Vgl. Laband, die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächs. Rechtsquellen des M. A. S. 80 ff.

Drittes Kapitel.

Rechtsbesitz.

I. Römisches Recht.

§ 79. Besitzschutz des Usufructuars und des Usuars.

Nach den Pandekten wird das Machtverhältniß des Usufructuars zur Sache wie das des Usuars mit dem i. uti possidetis und dem i. unde vi gegen Störung und Aufhebung gleich dem Sachbesitz geschützt und beziehungsweise wiederhergestellt, als wenn diese Anwendung der Interdicte in der Bestimmung derselben von selbst gegeben wäre und der Rechtsconsequenz entspräche. Besonders auffallend ist dies in Ansehung des i. uti possidetis, dessen in der l. 1 uti poss. aufgenommene Formel ausdrücklich das uti possidetis ita possideatis enthält, während doch possessio im juristischen Sinne dem Usufructuar wie dem Usuar abgesprochen wird. Erklärlicher könnte die Anwendung des i. unde vi auf Ususfructus und Usus gefunden werden. In seiner älteren Formel hat dasselbe zwar ebenfalls den Besitz des Dejicirten zur Voraussetzung. In der Formel des i. de vi armata aber ist das Erforderniß des Besitzes nicht ausdrücklich ausgesprochen. Die in die l. 1 pr. de vi aufgenommene Formel des Interdicts drückt ebenfalls das Requisit des Besitzes nicht aus, und die l. 3 de vi, in deren §§ 13 bis 17 von der Anwendung des Interdicts auf den Usufructuar die Rede ist, rührt aus dem Theile des Ulpianschen Edictscommentars her, in dem das i. de vi armata behandelt worden ist.

Die gedachte aus den Pandekten sich ergebende Beziehung der Interdicte auf Ususfructus uud Usus legt die Annahme nahe,

daß es sich hier um eine von Anfang an vorhanden gewesene Anwendung des possessorischen Schutzes handelt. Dieser Annahme steht eine andere Erwägung zur Seite. Ist es richtig, daß diejenigen Machtverhältnisse der Person zur Sache, aus denen sich nachmals das bonitarische Eigenthum entwickelt hat, vor der lex Aebutia auf den Rechtsschutz, den die possessorischen Interdicte gewährt haben, beschränkt gewesen sind, so ist klar, daß das gleiche Bedürfniß, welches für jene Machtverhältnisse zur Einführung der Interdicte geführt hat, auch für das Machtverhältniß dessen, dem eine Sache zum Nießbrauche nicht in der civilrechtlichen Form der in iure cessio, sondern durch traditio gegeben worden, die gleiche Fürsorge erforderlich gemacht hat. Das Machtverhältniß des Usufructuars und das des Usuars, die sich äußerlich nicht vom juristischen Besitz zu unterscheiden brauchen, mögen also, zumal das die verschiedenen Fälle des juristischen Besitzes verbindende Element nur in den possessorischen Interdicten bestand, ursprünglich in ähnlicher Weise als Besitz angesehen und geschützt worden sein, wie das des Precaristen und das des Pfandgläubigers.

Hätte neben dem, der die Sache wie ein Usufructuar oder wie ein Usuar in seiner Macht hatte, derjenige, den jener als dominus der Sache anerkannte, für sich den Schutz der possessorischen Interdicte nicht bedurft, so würde man schwerlich Bedenken getragen haben, den ersteren als Besitzer der Sache ebenso gelten zu lassen, wie man den Precaristen und den Pfandgläubiger als Besitzer gelten ließ. Aber indem sich der Besitzbegriff in der Art abrundete, daß der Besitz des einen als actuelle Macht über die Sache sich mit dem gleichzeitigen Besitze des anderen nicht vertrug, konnte der Besitz des Usufructuars neben dem des dominus nicht bestehen. Der Usufructuar wurde auf die possessio oder quasi possessio des Ususfructus beschränkt. Damit war eine Reaction gegen die Zulässigkeit der Sachbesitzinterdicte für den Usufructuar verbunden. Diese Reaction zeigt sich im § 90 der vaticanischen Fragmente. Hier heißt es: Si usufructu legato legatarius fundum nactus sit, competit (utile) interdictum adversus eum, quia non possidet legatum, sed potius fruitur. Inde et interdictum uti possidetis utile hoc nomine proponitur et unde vi, quia non possidet. Daß diese Reaction Erfolg gehabt hat und nicht blos ein Versuch der Theorie geblieben ist, darauf hinzuwirken, daß der Besitz als Voraussetzung der

Interdicte begriffsmäßig aufgefaßt werde, muß nach dem Worte proponitur, das auf die Thätigkeit des edicirenden Magistrats zu beziehen ist, wohl angenommen werden. Aber der Erfolg ist kein unbestrittener gewesen. Ulpian hat, wie sich insbesondere für das i. unde vi aus l. 3 §§ 13—17 de vi et de vi ergibt, daran festgehalten, daß die Interdicte in ihrer für den Sachbesitz bestimmten Gestalt für das Machtverhältniß dessen, der ususfructus nomine qualiter qualiter quasi in possessione sich befindet oder befunden hat, hinreichen, und diese Auffassung ist in das corpus iuris, in welches die Formeln der i. i. utilia uti possidetis et unde vi nicht aufgenommen sind, übergegangen. [1])

§ 80. Die speciellen Servituteninterdicte.

Nach älterem Rechte hatten nur die in civilrechtlicher Form bestellten Servituten den Schutz der actio confessoria. Diese Form war bei vertragsmäßiger Bestellung in iure cessio beziehungsweise mancipatio. Beschränkt war die Möglichkeit solcher Servitutbestellung auf Grundstücke, die im römischen Eigenthume stehen konnten. Diese Rechtseinrichtungen blieben hinter den Bedürfnissen des Lebens zurück. Anfangs half man sich damit, daß dem Besitzer des Grundstücks, für welches das Bedürfniß der Servitut vorlag, vertragsmäßig das Recht zur Ausübung des Rechtsinhalts der Servitut eingeräumt wurde, und daß der Einräumende durch Stipulation für sich und seine Erben einer Strafe für den Fall einer Ver-

[1]) Rudorff, Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. 11. X. S. 342 ff. S. 346, meint, Ulpian möge nach seiner in der l. 12 pr. de poss. enthaltenen Aeußerung: naturaliter videtur possidere is, qui usumfructum habet, die i. i. uti possidetis et unde vi in der gewöhnlichen Formel für genügend gehalten haben; aber die abweichende Meinung Ulpian's sei nicht praktisch gewesen, es habe ihr die Autorität des Edicts entgegengestanden, in demselben sei ein i. uti poss. utile wirklich proponirt gewesen, das Ulpian nach der l. 4 uti poss. im 70. Buche seines Edictscommentars erläutert habe, nachdem er im 69. Buche die Erklärung des directen Interdicts gegeben. Auch Bruns, Besitz S. 86 ff., hält es für wahrscheinlich, daß der Standpunkt Ulpians darauf beruhe, daß der Jurist die Detention des Usufructuars des dinglichen Rechts wegen „gewissermaßen als eine Art Naturalbesitz" angesehen habe. — Elvers, Servitutenlehre S. 670 Note ww, zieht in Zweifel, daß der Prätor für den Usufructus ein i. uti poss. utile ertheilt habe. Es ist ihm wahrscheinlich, daß die vaticanischen Fragmente nur eine wissenschaftliche Theorie, die das Interdict für den Usufructuar auf das uti frui, statt auf das possidere, habe stellen wollen, im Auge gehabt haben.

letzung der eingeräumten Befugniß sich unterwarf. Diese Aushilfe aber blieb mangelhaft, da der Erwerber jenes Rechts nur dem Einräumenden und dessen Erben gegenüber durch die Stipulation in der Ausübung des Rechts gesichert war. Allmählich bildete sich in Analogie des Erwerbes des Eigenthums durch Vertrag und Tradition die Rechtsanschauung aus, daß auch zur Errichtung einer Servitut der Vertrag ohne mancipatio oder in iure cessio mit einem der Tradition körperlicher Sachen entsprechenden Acte, der in dem usus der Servitut seitens des Erwerbers und seitens des Einräumenden in der patientia der Ausübung bestand, genügte. Eine so bestellte Servitut wurde vom Prätor mit der actio confessoria und mit der Publiciana in rem actio geschützt.[1]) Aber erst die lex Aebutia gab dem Prätor die Möglichkeit, derartig bestellte Rechte als Servituten anzuerkennen und unter den Schutz der gedachten Klagen zu stellen. In die bis dahin vorhanden gewesene Lücke griffen für eine Reihe von Servituten, nämlich für solche, die von besonderer wirthschaftlicher Wichtigkeit waren, bestimmte Interdicte ein, das i. de itinere, via et actu, das i. de aqua cottidiana et aestiva, das i. de rivis, das i. de fonte und das i. de cloacis. Die Entstehung dieser Interdicte erklärt sich also daraus, daß der zur Zeit der Legisactionen auf den civilrechtlichen Erwerb der Servitut von dem civilrechtlichen Eigenthümer des praedium serviens durch den civilrechtlichen Eigenthümer des praedium dominans gestellte Schutz der Servitut mittelst der actio confessoria auch in Verbindung mit der rechtlichen Möglichkeit, die Ausübung des Inhalts einer Servitut durch Stipulation einer Strafe sicher zu stellen, den Bedürfnissen des Rechtslebens nicht genügte. Die Gründe der Einführung dieser Interdicte fallen daher in der Hauptsache mit denen zusammen, aus denen oben die Entstehung der für den Sachbesitz bestimmten Interdicte erklärt worden ist. Die Voraussetzungen der Rechtsmittel entsprachen den angegebenen Zwecken der Einführung. Die Wege- und Wasserservituten wurden auf die äußeren Merkmale der Rechtsausübung gestellt. Das i. de itinere, via et actu machte der Prätor von einer an dreißig Tagen des letzten Jahres vorgekommenen Ausübung des Rechtsstoffs der Servitut abhängig, welche aber wirkungslos war, so weit sie vi, clam oder precario stattgefunden

---

[1]) Puchta Institutionen Bd. 2 § 256—2, Elvers Servitutenlehre S. 663 ff.

hatte. Das Erforderniß so häufiger Ausübung und die exceptio usus vitiosi schützte den Besitzer des Grundstücks, das als praedium serviens angesprochen wurde, vor dem Mißbrauch des Interdicts. Die Erfordernisse des Interdicts konnten also füglich nur beim Vorhandensein eines Uebereinkommens zwischen den betheiligten Grundstücksbesitzern entstehen, wenn auch das Interdict auf die Existenz eines Vertrages, der einmal rechtlich nicht verbindlich war, sich nicht stellen ließ. In Ansehung der Wasserservituten, die ihrer Natur nach so häufige Ausübungshandlungen wie die Wegeservituten nicht nothwendig machten, gab das Erforderniß des guten Glaubens das zur Verhütung des Mißbrauchs geeignete Correctiv. Das Cloakeninterdict endlich hatte das Vorhandensein der dem Zwecke der Servitut dienenden Anlage selbst zur Voraussetzung. Dasselbe ist daher dem i. uti possidetis in seiner Anwendung auf den Schutz der äußeren Vorrichtungen, in deren Existenz die Ausübung gewisser Servituten besteht, näher verwandt, als den der Ausübung des Rechtsstoffs der Wege- und Wasserservituten dienenden Interdicten.

Daß die Interdicte auf ihren ursprünglichen Zweck, eine Rechtshilfe da zu geben, wo das ius civile eine solche versagte, nicht beschränkt blieben, sondern auch beim Vorliegen der Erfordernisse der actio confessoria statthaft waren, liegt in der Natur der Sache. Auch als der Prätor für die durch Vertrag und quasitraditio bestellten Servituten die actio confessoria und die Publiciana in rem actio gab, mochte man die fraglichen Interdicte gewiß um so weniger entbehren, als sie den Beweis des Vertragsabschlusses, den diese Klagen erforderten, entbehrlich machten, und den Ausübenden wenigstens so lange zu schützen geeignet waren, bis der Gegner den Apparat der actio negatoria gegen ihn in Bewegung gesetzt hatte.

§ 81. Das interdictum uti possidetis in seiner Anwendung auf Prädialservituten.

Die Anwendung des i. uti possidetis zum Schutze besitzähnlicher Verhältnisse in Bezug auf Prädialservituten ist keine directe, unmittelbare. Nur die äußere Vorrichtung, welche dem Zwecke der Servitut dient, oder in deren Vorhandensein die Ausübung der Servitut besteht, ist, und zwar als integrirender Theil des praedium dominans, Gegenstand des Rechtsschutzes. Paulus sagt in der l. 20 pr. de serv. praed. urb.: Servitutes, quae in superficie consistunt,

possessione retinentur. nam si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuero, hoc, ut immissum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudinem. idem eveniet et si menianum in tuum immissum habuero aut stillicidium in tuum proiecero. quia in tuo aliquid utor et si quasi facto quodam possideo. In der Stelle ist eine Beziehung auf das i. uti possidetis zwar nicht ausgedrückt; es sind aber die Grenzen in ihr gezogen, innerhalb deren sich das i. uti possidetis in seiner Anwendung auf Prädialservituten bewegt."

Auf diese Anwendung bezieht sich die l. 3 §§ 5. 6. uti poss. Ulpian sagt hier: Item videamus, si proiectio supra vicini solum non iure haberi dicatur, an interdictum uti possidetis sit utile alteri adversus alterum. et est apud Cassium relatum utrique esse inutile, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem. Labeo quoque scribit, ex aedibus meis in tuas proiectum habeo: interdicis mecum, si eum locum possideamus, qui proiecto tegetur, an, quo facilius possim retinere possessionem eius proiectionis, interdico tecum sic: „uti nunc possidetis eas aedes, ex quibus proiectus est?" Die in dem ersten Theile der Stelle enthaltene Entscheidung des Cassius betrifft einmal die Frage, ob der Besitzer des Grundes und Bodens, über welchem der Besitzer des daran stoßenden Hauses einen Vorbau angelegt hat, das i. uti possidetis wegen der in dem Vorhandensein des Vorbaus zu findenden Störung des Besitzes am Grund und Boden habe. Die Frage wird verneint. Der zu entscheiden gewesene Fall hat so gelegen, daß dem Besitzer des Hauses der Besitzstand in Ansehung des Vorbaus zur Seite gestanden hat. Die andere von Cassius beantwortete Frage ist die, ob der Besitzer des Hauses mit dem Vorbau gegen den Besitzer des Grundes und Bodens das Interdict hat, d. h. ob eine Störung des Besitzes am Hause mit dem Vorbau vorliegt, wenn der Nachbar auf dem unter dem Vorbau befindlichen Grund und Boden Besitzhandlungen vornimmt. Auch diese Frage wird verneint, weil aus dem rücksichtlich des Vorbaus vorhandenen Besitzstande nicht der Besitz an dem darunter befindlichen Grund und Boden zu entnehmen ist. Auf die Entscheidung des Cassius folgt ein Ausspruch des Labeo. Aus den Worten: Labeo quoque scribit ergibt sich, daß die Meinung des Labeo sich mit der des Cassius nicht im Widerspruch befunden hat. Der Fall, den Labeo im Auge hat, liegt aber anders, als der des Cassius. Es ist ein Vorbau vorhanden: ex aedibus meis in aedes

tuas proiectum habeo. Die Belastung des Grundstücks, das sich als das dienende darstellt, ist aber momentan, vielleicht eines Neubaus oder einer Reparatur wegen, eine weniger empfindliche geworden. Diesen Zeitpunkt benutzt der Besitzer des Grundes und Bodens, um die zu erwartende Wiederherstellung des Vorbaus in der alten Beschaffenheit mit dem i. uti possidetis zu verhindern. Er will sich zu diesem Zwecke des Interdicts mit der Formel „uti eum locum possidemus, qui proiecto tegetur,“ bedienen. Den Kernpunkt der Frage sehe ich in dem Gebrauch des Futurums, nämlich in dem Gegensatze des begonnenen Baues, von dem der zweite Theil der Stelle spricht, zu der fertigen Anlage, von der im ersten Theile die Rede ist.[1]) Der Jurist stellt die Frage auf, ob der Besitzer des Vorbaus jener beabsichtigten Verhinderung seinerseits mit dem i. uti possidetis eas aedes, ex quibus proiectus est, entgegentreten, also vermöge angenommener Fortdauer seines Besitzstandes die Wiederherstellung des Vorbaus in der früheren Beschaffenheit durchsetzen kann. Der Jurist beantwortet die Frage nicht ausdrücklich. Die Antwort hängt davon ab, ob eine Fortdauer des Besitzstandes trotz der zeitweiligen Veränderung des vorhanden gewesenen Zustandes anzunehmen ist. Dies ist eine Thatsachenfrage.

Auch die l. 8 § 5 si serv. vind. ist als Belagsstelle für die Anwendung des i. uti possidetis auf Prädialservituten herangezogen worden. Ulpian referirt hier: Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casiaria fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit — agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere — und er selbst fügt bei: ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere: quod et ipsum videtur Aristo probare. sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti. Die Klage, mit welcher das ius fumi non immittendi verfolgt wird, ist, da Niemand das fumum immitti zu dulden braucht, wenn eine servitus

[1]) Schmidt, Interdictenverfahren S. 64, sagt, tegitur, und nicht tegetur müsse gelesen werden; denn das i. uti poss. sei ein i. in praesens relatum. Aber dieser Qualification des Interdicts geschieht durch das futurum kein Eintrag. Es handelt sich dabei nur um eine genaue Bezeichnung des locus, in dessen Besitz der Kläger geschützt sein will, durch Angabe des Zwecks, der mit der gegenwärtigen Besitzstörung erreicht werden soll.

fumi immittendi nicht besteht, die actio negatoria, während das ius fumi immittendi mit der actio confessoria angesprochen werden muß. Der Schlußsatz der Stelle, der die Zulässigkeit des i. uti possidetis ausspricht, scheint in erster Reihe auf den unmittelbar vorher behandelten Fall der actio confessoria bezogen; dem Besitzer der taberna casiaria also gegen Vorkehrungen, welche der Besitzer des Nachbargrundstücks zum Zweck der Verhinderung der Aufnahme des Rauchs trifft, das i. uti possidetis gegeben werden zu müssen. Aber in der l. 5 § 10 de op. novi nunc. sagt Ulpian: — si (quis) in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria. et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimum erit interdicto adversus eum quod vi aut clam aut uti possidetis uti. Aus dem Gegensatze folgt, daß das i. uti possidetis zwar gegeben ist, wenn ein Anderer auf unserem eigenen Grund und Boden etwas vornimmt, was uns nachtheilig ist, daß aber das Interdict nicht statt hat, wenn er dies auf seinem Grund und Boden thut. Daraus geht für den Fall der l. 8 § 5 si serv. vind. hervor, daß der Besitzer der taberna casiaria das Interdict gegen Vorkehrungen, die der Nachbar auf seinem eigenen Grund und Boden vornimmt, um das Eindringen des Rauches zu verhindern, nicht anstellen kann, daß es ihm vielmehr nur zusteht, um zu verhindern, daß auf seinem Grundstück ein opus zum Zwecke der Abwehr des Rauchs von dem Nachbargrundstück angelegt werde. Das Interdict kommt also für den Schutz der Ausübung der servitus fumi immittendi überhaupt nicht in Frage.

Der in der l. 5 § 10 de op. nov. nunc. ausgesprochene Grundsatz, der das i. uti poss. ausschließt, wenn Handlungen in Frage sind, die jemand auf dem eigenen Grund- und Boden vornimmt, findet seine Grenze darin, daß, wenn durch diese Handlungen der bezüglich einer Anlage auf diesem Grundstück, welche dem Zwecke der Servitut dient, vorhandene Besitzstand gestört wird, das Interdict gegeben ist. Hier gilt der Satz des Paulus: quasi facto quodam possideo. Aber nur die Existenz der Anlage wird von dem Schutze des Interdicts gedeckt. Die in dem Rechte der Servitut liegende Befugniß, Handlungen zu verbieten, welche den vollen Gebrauch der Vorrichtung beeinträchtigen, hat mit dem Schutze des Interdicts nichts zu thun, so wenig wie dasselbe für Servituten gegeben ist, die dem Besitzer des praedium serviens gegenüber in nichts anderem, als in einem Verbotsrechte bestehen.

§. 82. Fortsetzung

Die Anwendung des i. uti possidetis und des i. unde vi auf die Machtverhältnisse des Usufructuars und des Usuars, die Einführung der für die Wege-, Wasser- und Cloakenservituten bestimmten Interdicte und die Anwendung des i. uti possidetis zum Schutze der Verrichtungen, in deren Vorhandensein die Ausübung bestimmter Prädialservituten besteht oder welche der Ausübung bestimmter Prädialservituten dienen, sind gewiß nicht durch die Reflexion herbeigeführt, daß der Begriff der possessio in seiner Anwendung auf körperliche Sachen die analoge Anwendung auf Servituten zulasse. Die Machtverhältnisse des Usufructuars und des Usuars sind vielmehr anfänglich als Sachbesitz geschützt worden. Dasselbe gilt von den Servituten, bei denen und insoweit das quasi facto quodam possideo des Paulus Anwendung findet. Auch die Einführung der Wege-, Wasser-, und Cloakeninterdicte muß als unabhängig von der Entstehung des Begriffs der iuris quasi possessio gedacht werden. Entstanden ist dieser Begriff wol erst dadurch, daß die Rechtsmöglichkeit der Bestellung der Servituten durch Vertrag und quasi traditio anerkannt und für so bestellte Servituten der Schutz der actio confessoria und der Publiciana in rem actio eingeführt worden ist. Damit war die Nothwendigkeit gegeben, das durch quasi traditio entstandene Verhältniß des Berechtigten zur Sache als ein besitzähnliches, als quasi possessio anzusehen: man konnte eine Servitut nicht anders entstehen lassen, als wenn man in dem durch quasi traditio begründeten Verhältnisse eine quasi possessio erkennen wollte. Diese Auffassung hat sich erst zur Zeit der classischen Juristen nicht ohne Kämpfe ausgebildet. Einfluß auf diese Ausbildung haben jene älteren Rechtsgestaltungen gewiß gehabt, so wie umgekehrt der neu gewonnene Begriff auch ihnen dienstbar gemacht wird. So sagt Javolenus in der l. 20 de serv: Quotiens via aut aliquid ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo per te non fieri, quominus eo iure uti possit, quia nulla eius modi iuris vacua traditio esset. ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt. Die hier gemeinten Interdicte sind keine anderen als die Wege- und Wasserinterdicte.[1])

---

[1]) Elvers, Servitutenlehre S. 662 Note cc, meint, der Ausspruch des

Der neu gewonnene Begriff der quasi possessio hätte nun auch, wenn es den Römern darum zu thun gewesen wäre, alle Consequenzen der ihm zum Grunde liegenden Auffassung zu ziehen, dahin führen müssen, interdicta veluti possessoria für alle iura fundi zu geben. Aber nach den Rechtsbüchern ist der quasipossessorische Schutz der Servituten nicht über die angegebenen Fälle ausgedehnt worden. Erst die Glossatoren haben mit der quasi possessio begriffsmäßig die Anforderung des possessorischen Schutzes für alle Realservituten ebenso verbunden, wie der possessorische Schutz zum Begriff des Sachbesitzes gehört.[1]) Seitdem ist in der Praxis das reine römische Recht nicht mehr zur Geltuug gekommen. Für die Theorie aber hat Savigny die Bahn zur richtigen Erkenntniß der Anschauungen der Römer gebrochen. Savigny meint, daß das i. uti possidetis die quasi possessio derjenigen dinglichen Servituten, die mit dem Besitz eines Grundstücks in unmittelbarer Verbindung stehen, und außerdem die der negativen Servituten geschützt habe.[2]) Gegen ihn ist zu Gunsten der alten Lehre Thibaut[3]) aufgetreten, der mit dem „Verstoß gegen alle Rechtsanalogie" und mit der „schreienden Inconsequenz" argumentirt, die er darin findet, daß der Interdictenschutz nur einzelnen, nicht allen Realservituten gewährt werden solle. Das Gegenargument aber, daß, wenn der Interdictenschutz allen Servituten zukäme, das Edict nicht für einzelne Servituten besondere Interdicte gegeben hätte, sucht er durch die Ausführung zu beseitigen, wie damit, daß das Edict in Ansehung der gangbarsten Servituten

---

Javolenus könne sich nur auf die für den Usus fructus eingerichteten Formeln der i. i. uti poss., utrubi u. s. w. beziehen, da die Wege- und Wasserinterdicte nicht eine Schöpfung der neuen Theorie vom Quasibesitz seien, sondern einer viel früheren Zeit angehören. Mit der Annahme der fraglichen Beziehung tritt Elvers in Widerspruch zu der S. 670 Note ww am Schlusse von ihm über den § 90 der vatican. Fragmente ausgesprochenen Ansicht (cf. oben S. 373 Note). Ich finde keinen Grund, der Javolenus hätte hindern können, ältere Gestaltungen des Rechts aus einem neuen, mit Hülfe neuer Rechtsgestaltungen construirten Rechtsbegriff zu erklären. Die juristische Formel für bestimmte Erscheimungen im Rechtsleben wird ja häufig erst spät und erst dann gefunden, wenn neue Gestaltungen die Construction fördern.

[1]) Vgl. unten § 86.

[2]) Besitz S. 492 ff.

[3]) A. f. civ. Pr. Bd. 1. S. 111. ff.

eine Reihe von Einzelheiten enthalte, die Regel für alle Servituten nicht verworfen sei. Eine quellenmäßige Begründung der Annahme, daß die quasi possessio aller Servituten mit dem Interdictenschutze versehen sei, findet er in der bereits besprochenen l. 20 de serv.[1]) Dieser Meinung entgegengesetzt ist die, daß von den Römern außer den mit besonderen Interdicten versehenen Realservituten keine mit possessorischem Schutze verbunden worden sei.[2]) In der Mitte stehen die Meinungen derer, die abgesehen von jenen besonderen Rechtsmitteln noch für eine oder mehre andere Kategorien von Realservituten Interdictenschutz anerkennen. Von diesen letzteren Schriftstellern folgen manche Savigny, die gegenwärtig herrschende Meinung aber geht dahin, daß das i. uti possidetis bei den Römern nicht anders, als zum Schutze der äußeren Veranstaltung, in welcher sich bei Gebäudeservituten die quasi possessio manifestirt, gegeben gewesen ist.[3])

§. 83. Usucapio und praescriptio in der Anwendung auf Servituten.

Das ältere römische Recht hat eine Usucapion der Servituten

[1]) Auch Mühlenbruch, Pandekten § 293, gibt ex arg. l. 8 § 5 i. f. si serv. vind. l. 20 de serv. das i. uti poss. zum Schutze der nicht mit besonderen Interdicten versehenen Prädialservituten. Andere erkennen in der fraglichen Ausdehnung des Besitzschutzes eine nothwendige Fortbildung des römischen Rechts. So Elvers, Servitutenlehre S. 844 f., nach welchem ein naturgemäßes Fortschreiten auf der von den römischen Juristen bereits betretenen, aber wegen Erlahmung der Triebkraft und Productionsfähigkeit des römischen Rechts nicht weiter verfolgten Bahn darin liegt, wenn jeder Servitutenbesitz durch analoge Erweiterung der Interdicte uti poss. und unde vi geschützt wird, und wenn auch die Wege- und Wasserleitungsservituten von diesem Fortschritt nicht ausgeschlossen werden. Von noch anderer Seite wird zwar das i. uti poss. nur für diejenigen Servituten gegeben, die in und mit dem Besitz des herrschenden Grundstücks ausgeübt werden, aber die ii. de itinere und de aqua werden analog auf alle anderen servitutes praediorum rusticorum für anwendbar erklärt, so von Puchta, Pand. § 139.

[2]) Die Schriftsteller, welche diese Meinung vertheidigen, werden hauptsächlich durch ihre Auffassung des i. uti poss. geleitet, nach welcher dasselbe ausschließlich zur Entscheidung des Streits darüber, wer von mehren Besitzer sei, bestimmt sein soll. So Wiederhold, das i. uti poss. S. 48 ff., Pfeifer in der Abhandl. „Was ist und gilt im röm. Recht der Besitz?“ desgl. Vangerow, Pand. § 355 Anm. 2. Nro. 2.

[3]) Heerwart, Linde's Zeitschr. Bd. 12. VI S. 147—166, hat hier zuerst das reine römische Recht zur Erkenntniß gebracht.

gekannt. Bestimmte Kunde haben wir von derselben freilich nur insoweit, als wir wissen, daß sie durch die lex Scribonia abgeschafft worden ist. Die herrschende Meinung nimmt an, daß diese Usucapion nicht für die Servituten ohne Continuität der Ausübung gegolten habe, daß sie vielmehr auf diejenigen Servituten, deren Untergang nicht durch non usus, sondern nur durch usucapio libertatis stattfinden könne, beschränkt gewesen sei. Ein Zusammenhang zwischen der usucapio servitutis und der usucapio libertatis scheint allerdings nach der l. 4 § 28 (29) de usurp. angenommen werden zu müssen. Paulus sagt hier: Libertatem servitutium usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute. itaque si, cum tibi servitutem deberem, ne mihi puta liceret altius aedificare, et per statutum tempus altius aedificatum habuero, sublata erit servitus. Es ist mir aber wahrscheinlicher, daß der Zusammenhang an einem anderen Punkte zu suchen ist, als da, wo er gewöhnlich angenommen wird. Das anschaulichste Bild der usucapio libertatis giebt Gaius in der l. 6 de serv. praed. urb: Haec autem iura (servitutes praediorum urbanorum) similiter ut rusticorum quoque praediorum certo tempore non utendo pereunt: nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat. veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero, ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris: alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. item si tigni immissi aedes tuae servitutem debent et ego exemero tignum, ita demum amitto ius meum, si tu foramen, unde exemptum est tignum, obturaveris et per constitutum tempus ita habueris: alioquin, si nihil novi feceris, integrum ius suum permanet. Die usucapio libertatis beruht hiernach auf dem Besitzverhältniß zu dem factum novum, zu der äußeren Veranstaltung, welche thatsächlich der Ausübung der Servitut entgegensteht. Der Besitz der libertas, der zur usucapio führt, ist eine Art von Sachbesitz. Das quasi facto quodam possideo des Paulus in der l. 20 de serv. praed. urb. gilt auch von ihm. Wird das Verhältniß umgekehrt in der Art, daß die Voraussetzungen der servitutis usucapio

zu suchen sind, so wird man auch hier einen sachbesitzähnlichen Zustand, ein quasi facto quodam possideo, zu fordern haben. Bei negativen Servituten gibt es einen solchen nicht. Was sich hier manifestirt, stellt sich nicht als ein besitzähnliches Verhältniß in Bezug auf eine Servitut dar. Ein solches ist nur da vorhanden, wo es sich in einer äußeren Veranstaltung auf dem fremden Grundstück kund gibt. Nur hier liegt eine Art Besitz, ein facto quodam possideo, das einer Usucapion zur Grundlage dienen kann, vor. Ich halte aus diesen Gründen die Annahme für angezeigt, daß die Usucapion in ihrer Anwendung auf Realservituten auf die Fälle beschränkt gewesen ist, in denen das i. uti possidetis bei den Römern Anwendung auf Realservituten gefunden hat.

Allmählich bildete sich für alle Servituten durch das prätorische Recht die Möglichkeit des Erwerbes durch Verjährung aus. Daß dieser Rechtsausbildung die Idee der iuris quasi possessio, wie sie sich durch die quasi traditio entwickelt hat, zum Grunde gelegen habe, ist nicht wohl anzunehmen. Die Servitutenverjährung steht mit der auf Servituten angewendeten publicianischen Klage nicht in der Verbindung, welche zwischen der Usucapion und der für den Sachbesitz bestimmten actio Publiciana obwaltet. Ulpian bezeichnet zwar das Verhältniß dessen, der sich auf den Erwerb des Rechts durch Verjährung stützt, als quasi possessio. Daraus folgt aber nicht, daß das Rechtsinstitut in Consequenz der Anwendung der quasi possessio auf Servituten entstanden ist. Seine Entstehung fällt in eine ältere Zeit. Schon Scävola hat es gekannt, und Ulpian den zu seiner Zeit durch die Anwendung der traditio auf die Servituten entstandenen Begriff der quasi possessio mit dem Rechtsinstitut in Verbindung gebracht. Das Institut ist durch keine Rechtsconsequenz, sondern durch ein praktisches Bedürfniß selbständig hervorgerufen. Es scheint zuerst keine abgerundete juristische Gestalt gehabt, sondern eine solche erst dadurch erhalten zu haben, daß man die Grundsätze der praescriptio longi temporis in ihrer Beziehung auf den Eigenthumserwerb auf dasselbe anwendete. Ursprünglich scheint nicht einmal der Ablauf einer gewissen Anzahl bestimmter Zeitabschnitte, sondern der Ablauf einer langen Zeit von unbestimmter Dauer als Grund des Rechtserwerbes in's Auge gefaßt worden zu sein. So heißt es in der l. 26 de aq. et aq. pl. arc: Scaevola respondit solere eos, qui iuri dicundo praesunt, tueri ductus aquae, quibus

auctoritatem vetustas daret, tametsi ius non probaretur. Aehnlich sagt Pomponius in der l. 3 § 4 de aq. cott. et aest: Ductus aquae, cuius origo memoriam excessit, iure constituti loco habetur. Ulpian schreibt dem diuturnus usus, der longa quasi possessio, der longa consuetudo (l. 10 pr. si serv. vind. l. 1. § 23 de aq. et aq. pl. arc.) die Wirkung zu, daß sie im Rechtsstreite über das Recht der Servitut von dem Nachweise des Erwerbes des Rechtes befreie. Dieselbe Wirkung wird in der c. 1 de serv. der longi temporis consuetudo beigelegt. Von dem Ablaufe eines bestimmten Zeitabschnittes als einer Voraussetzung des Erwerbes des servitutischen Rechts durch längeren usus ist zuerst in der c. 2 de serv. (aus dem Jahre 215) durch die in den Worten: Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesiisti — enthaltene Bezugnahme auf die für die Ersitzung unbeweglicher Sachen geltende zwanzigjährige Verjährungszeit, so wie in der justinianischen Constitution c. 12 de praescr. longi temp. durch die darin vorgeschriebene Anwendung der zehn- und zwanzigjährigen praescriptio longi temporis auf den Usus fructus und die übrigen Servituten die Rede.

§ 84. Das Object der quasi possessio bei den Servituten.

Auf die Frage, was bei Anwendung des Besitzbegriffs auf die Servituten als Object der possessio gedacht werden müsse, ist die am nächsten liegende Antwort die, daß die körperliche Sache, welche sich als praedium serviens darstellt, in der dem Zwecke der Servitut entsprechenden Unterwerfung unter den Willen des quasi possessor als Object anzusehen ist im Gegensatze zum Sachbesitze, der in der vollständigen Unterwerfung der Sache unter den Willen der Person besteht. Die in den Rechtsbüchern vorkommenden Ausdrücke iuris quasi possessio, iuris possessio, ususfructus possessio deuten darauf hin, daß die Römer die quasi possessio anders zu construiren gesucht haben. Das ius wird als Gegenstand der possessio bezeichnet. Geht man der Andeutung nach, welche hierin liegt, so stellt sich als Object des Besitzes eine fingirte Sache dar, in der, da unter ius unmöglich das subjective Recht der Servitut verstanden werden kann, nichts anderes zu erkennen ist, als der Rechtsstoff der

Servitut in seiner objectiven Gestalt, losgelöst von der Beziehung auf ein berechtigtes Subject.

Diese Auffassung erhält insofern eine gewisse Stütze, als sich auch Andeutungen davon finden, daß die Römer als Gegenstand des Rechts der Servitut selbst eine ideell für sich bestehende fingirte Sache, die wiederum nichts anderes sein kann, als der durch Fiction zu einem selbständigen Rechtsobject erhobene objective Rechtsstoff der Servitut, angesehen haben.

In Consequenz der fraglichen Anschauungen hat sich eine freilich sehr bestrittene Theorie ausgebildet, welche dahin führt, das Recht der Servitut als die dem dominium entsprechende vollständige rechtliche Herrschaft über jenes fingirte Rechtsobject hinzustellen, woraus dann folgen würde, daß die possessio iuris als die dem Sachbesitz entsprechende thatsächliche Herrschaft über das fragliche Rechtsobject zu gelten hätte.

Duroi hat diese Theorie ausführlich zu begründen gesucht.[1]) Neben das Eigenthum an körperlichen Sachen stellt er ein quasi dominium am Nießbrauch und an den Realservituten, das er darauf basirt, daß Rechtsinstitute, die sich auf das Eigenthum an körperlichen Sachen beziehen, nämlich das Vindicationsverfahren, die mancipatio, die in iure cessio, die Tradition, die Acquisitivverjährung, auf die Servituten angewendet worden seien.[2]) Der terminus „actio in rem" ist nach ihm der quellenmäßige terminus technicus für die zum Schutze des Eigenthums an körperlichen Sachen und des quasi dominium an den Servituten bestimmte Klage. Als gleichbedeutend mit dem Ausdruck „actio in rem" sieht er die Bezeichnung „vindicatio" an, während er dem Ausdruck „rei vindicatio" die Bedeutung eines terminus technicus abspricht.[3]) Darüber, wie man sich das künstliche Erzeugniß des Rechts, welches das Object des quasi dominium sein soll, als entstanden zu denken habe, gibt Duroi keine Auskunft. Anderen Schriftstellern ist es vorbehalten gewesen, den Entstehungsact zu beleuchten. Die Darstellungen differiren aber. Die einen lassen das Object des servitutischen Rechtes durch Ablösung von Eigenthumsbestandtheilen gebildet werden, indem sich

---

[1]) A. f. civ. Pr. Bd. 6 XIV.
[2]) S. 252 ff., 278 ff., 284 ff.
[3]) S. 258 ff., 278 ff.

vom Eigenthumsrechte gewisse Befugnisse lostrennen und zu einem selbständigen Rechtsobjecte condensiren sollen. Andere lassen den Eigenthumsbegriff unbeschädigt und construiren das servitutische Recht in der Art, daß sie ein der res serviens selbst Angehöriges, freilich kein körperliches Stück, sondern eine Eigenschaft derselben von ihr trennen und zu einem selbständigen Rechtsobject erheben.

Hauptvertreter der zuerst gedachten Auffassung sind Büchel und Scheurl. Büchel sieht die Servitut als den Inbegriff bestimmter, aus dem Umfange des Eigenthums abgelöster und dem Berechtigten eigenthümlich und selbständig, d. h. dem Rechte nach, so wie sie im Eigenthum enthalten gewesen, in Folge jener Ausschließung aber als eigenes und unabhängig vom Eigenthümer zustehendes Recht eingeräumter Befugnisse an, so daß auf der einen Seite eine deminutio dominii, auf der anderen ein neues quasidominium mit einer iuris vindicatio genannten in rem actio und beziehungsweise, so weit von Prädialservituten die Rede ist, auch ein augmentum dominii in Ansehung des praedium dominans entsteht. Scheurl polemisirt gegen Büchel mit der Argumentation, daß der veränderte Bestandtheil nur beim Usufructus und Usus mit der Befugniß, welche der Nichteigenthümer erhalte, zusammenfalle, bei den übrigen Servituten aber ihr gegensätzlich entspreche, indem der Eigenthümer der dienenden Sache bei der negativen Servitut die dem Inhalt des Rechts direct entgegengesetzte Befugniß, bei der affirmativen die Befugniß, die Handlung, wozu die Servitut berechtige, zu verwehren, entbehren.[1])

Vertreter der Auffassung, nach welcher in der Begründung einer Servitut die Veräußerung nicht eines Stückes vom Eigenthum, sondern eines Stückes der Sache selbst liegen soll, sind Elvers und Neuner. Nach Elvers entsteht die Servitut in der Art, daß eine bestimmte, positive oder negative Eigenschaft der Sache aus der Sache herausgenommen, von ihr getrennt, zu einer neuen selbständigen, freilich nur fingirten Sache gemacht und als solche veräußert wird. Um diese Auffassung im Sinne der Römer zu begründen, führt Elvers aus, daß die römische Denkart sich gegen jede Beschränkung eines einmal erworbenen Rechts gesträubt, und

[1]) Büchel civilrechtl. Erörterungen I. 3. S. 10ff., Scheurl Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd, 12. VII. S. 241 ff.

daß, als durch das dringende Bedürfniß, unterstützt durch die Schwächung des römischen Volksgeistes, immer mehr Servituten hervorgerufen worden seien, man ihnen einen die nationale Denkart am wenigsten verletzenden Charakter gegeben, nämlich das Eigenthum als nicht beschränkt, die Sache selbst aber als intensiv kleiner geworden angesehen habe.[1])

Ohne sich auf diese „charakteristische römische Anschauungsweise der erworbenen Rechte“ zu beziehen, nimmt Neuner an, daß bei allen iura in re Servituten, Emphyteuse, Superficies und Pfandrecht, eine bestimmte Brauchlichkeit der Sache, also „die Nießbrauchlichkeit, der usus, die emphyteutische, die superficiarische, die pfandliche Brauchlichkeit“ zu einem eigenen unkörperlichen sachlichen Gute werde, daß, weil diese res incorporalis erst durch concreten Rechtsact entstehe, berechnet für eine Person als ein concretes Dürfen, sie von den Römern ein ius genannt werde, und daß Gegenstand der rechtlichen Herrschaft des Inhabers des ius in re eben dieses unkörperliche sachliche Gut der bestimmten Brauchlichkeit der fremden Sache, oder römisch gesprochen das bestimmte Gebrauchen- oder Benutzendürfen der fremden Sache, das ius in re selber sei.[2])

Für die Prüfung dieser Auffassungen ist das Argument Duroi's, daß die auf das Eigenthum an körperlichen Sachen bezüglichen Rechtsinstitute auf die servitutischen Rechte angewendet worden seien, von geringem Gewicht, da die Ausdehnung der fraglichen Rechtsinstitute auf die Servituten auch dann genügend erklärt erscheint, wenn als Object des servitutischen Rechtes unmittelbar die res serviens in den dem Zweck der Servitut entsprechenden Beziehungen angesehen wird. Selbstverständlich ist, daß das von Elvers benutzte Argument des Hinweises auf die gegen jede Beschränkung erworbener Rechte sich sträubende Denkart der Römer der Auffassung der Servituten als selbständiger Rechtsobjecte ohne den Nachweis, daß diese Auffassung in den Quellen begründet ist, nicht aufhelfen kann. Quellenmäßig begründen läßt sich aber keine der verschiedenen Auffassungen, nach denen das servitutische Recht ein anderes Object, als direct und unmittelbar die res serviens selbst haben soll. Die Quellen haben den Fehler, daß sie zu viel beweisen. Sie enthalten für jede einzelne

---

[1]) Servitutenlehre S. 37 ff.

[2]) Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 57 ff. 108. 132.

jener verschiedener Auffassungen Stellen, die bei geeigneter dialektischer Verwendung als Belagstellen dienen können.

Der Annahme eines dominium am Ususfructus und an den Realservituten scheinen die Aussprüche Ulpians in der l. 8. pr. de reb. auct. iud. poss: In venditionem bonorum etiam ususfructus venit, quia appellatione domini fructuarius quoque continetur — und in der l. 15 § 8 quod vi aut clam: — nonnumquam etiam dominii ratio habenda est, ut puta si propter hoc opus, quod factum est, servitutes amittantur aut ususfructus intereat, sowie die Gegenüberstellung des dominium ususfructus und der possessio ususfructus, mit welcher Julianus in der l. 3 si ususfr. pet. argumentirt, zur Seite zu stehen. Für die Büchel'sche Auffassung lassen sich daneben die Aussprüche des Gaius, der in der l. 3 § 2 de usufr. et quemadm. quis ut. fr. von proprietates abscedente usufructu spricht, des Ulpian in der l. 3 § 1 de usufr. accr., wo von der traditio proprietatis deducto usufructu und davon, daß ususfructus redit ad proprietatem, die Rede ist, so wie der im § 1 de usufr. enthaltene Satz: ususfructus a proprietate separationem accipit — geltend machen. Auch die in der l. 4 de usufr. et quemadm. quis ut. fr. von Paulus gebrauchte Bezeichnung des ususfructus als pars dominii ließe sich für die gedachte Auffassung anführen. Aber derselbe Jurist argumentirt in der l. 25 pr. de verb. sign. mit dem umgekehrten Satze, daß der ususfructus keine pars dominii sei, und in der l. 63. de usufr. et quemadm. quis ut. fr. thut er den mit der Auffassung des ususfructus als abgelösten Eigenthumsbestandtheils ebenfalls nicht verträglichen Ausspruch: is qui fundum habet, quamquam usumfructum non habeat, tamen usumfructum cedere potest. Für die Büchel'sche Auffassung würden ferner die von Tryphoninus in der l. 78 pr. §§ 2. 3. de iure dotium gebrauchten Ausdrucke: plena fundi proprietas non separata usufructu — ususfructus ad proprietatem redit — revertitur sprechen, wenn nicht der § 2 desselben Fragments in dem Satze: „ususfructus redit ad fundum" den Auffassungen Elvers' und Neuner's Stütze geben möchte. Für diese letzteren läßt sich sodann die von Javolenus in der l. 54 de usufr. et quemadm. quis ut. fr. erörterte venditio et traditio fundi detracto usufructu, der von Julianus in der l. 4 si ususfr. pet. zur Bezeichnung des Objectes eines Legates gebrauchte Ausdruck „fundus detracto usufructu" und die ebenfalls von Julianus in der l. 58 de verb. obl. herrührende Vergleichung der stipulatio

usus fructus fundi mit einer stipulatio partis fundi anführen. Auch folgender Ausspruch Papinian's in der l. 76 § 2 de leg. II. könnte dafür in Betracht kommen: Dominus herede fructuario scripto fundum sub conditione legavit. voluntatis ratio non patitur, ut heres ex causa fructus emolumentum retineat: diversum in ceteris praediorum servitutibus, quas heres habuit, responsum est: quoniam fructus portionis instar optinet. Der Ususfructus wird hier unter den Gesichtspunkt einer portio fundi gebracht. Dies würde mit der Neuner'schen Auffassung der „Nießbrauchlichkeit" als eines besonderen Rechtsobjects im Einklange stehen. Freilich widerspricht der Satz, nach welchem bei Prädialservituten ein anderes, als beim Ususfructus grade darum gelten soll, weil der letztere portio fundi sei, der Neuner'schen Auffassung in ihrer Beziehung auf Prädialservituten. Der Elvers'schen Ansicht besonders günstig ist der Ausspruch des Celsus in der l. 86 de verb. sign: Quid aliter sunt iura praediorum, quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo?

Die vorgelegten Quellenzeugnisse stimmen, so weit sie den Ususfructus betreffen, darin überein, daß in ihnen der Rechtsstoff des usufructuarischen Rechts im Verhältniß zur res serviens mit einer gewissen Selbständigkeit auftritt. Dies zeigt sich in den Stellen, in denen von der proprietas nach Abzug des Ususfructus, von dem usus fructus als Theil des dominium oder des fundus und von der Rückkehr des usus fructus ad proprietatem oder ad fundum die Rede ist. In allen diesen Stellen bedeutet usus fructus den objectiven Rechtsstoff im Gegensatz zum subjectiven Rechte. Aber der Satz, daß die Römer den Rechtsstoff als das Rechtsobject aufgefaßt haben, ist durch die Stellen nicht zu begründen.

Die Auffassung, daß der Rechtsstoff des Ususfructus als abgelöster Theil der Sache gegolten habe, scheint durch den Ausspruch Papinian's bestätigt zu werden. Derselbe beruht offenbar auf der Rücksicht, daß die fructus der Sache, auf welche sich das usufructarische Recht erstreckt, ein Theil der Sache sind. Aber gerade darum beweist er zu viel. Das quoniam fructus portionis instar optinet ist nichts als eine aus der äußeren Erscheinung der Ausübung des usufructuarischen Rechts hergenommene, möglichst drastische Rechtfertigung des vorangestellten Satzes, daß, wenn ein fundus legirt sei, der heres fructuarius den Nießbrauch daran verliere. Auch die übrigen Stellen enthalten kein

geeignetes Beweismaterial für die Richtigkeit der fraglichen Auffassung. Die in ihnen enthaltene Bezeichnung des Usufructus als Theils der Sache läßt sich darauf zurückführen, daß es den Juristen nur um eine Vergleichung und um eine Begründung von Rechtssätzen durch die nahe liegende Analogie zwischen der stofflichen Theilung der Sache und der Bestellung eines Usufructus zu thun gewesen ist.

Auch die Stellen, in denen von dem Rechtsstoff des Usufructus als abgelöstem Eigenthumsbestandtheile die Rede ist, lassen sich zur Construction des Begriffs des usufructuarischen Rechtes nicht verwenden. Ansätze dazu möchten vielleicht in ihnen zu finden sein. Aber vollständig herstellen und ausbauen läßt sich die Construction nur mit unfruchtbaren unwahren Abstractionen. Wir erhielten auf der einen Seite den Usufructus und als dessen Object einen aus abgelösten Eigenthumsbestandtheilen gebildeten Rechtsstoff, auf der anderen das Eigenthum und als sein Object einen aus dem Residuum der dem Eigenthümer verbliebenen Eigenthumsbestandtheile bestehenden Rechtsstoff. Die Sache selbst verschwände als Rechtsobject. An ihrer Stelle gewänne man die durch Zertrümmerung des Eigenthumsbegriffs hergestellten verschiedenen Rechtsstoffe. Diese Rechte auf Rechtsstoffe erinnern an den Puchta'schen sich auf sich selbst beziehenden Willen. Wie dieser, so lange er in selbstgenügsamer Beziehung auf sich selbst verharrt, es nicht zum Besitze bringt, sondern, um sich im Besitze zu realisiren, eine unmittelbare Beziehung auf die Sache erhalten muß, ebensowenig frommt es dem Eigenthume und dem Usufructus, wenn man ihnen Rechtsstoffe zu Objecten setzt. Sie sind Rechte nur dadurch, daß sie eine unmittelbare Beziehung auf die Sache selbst haben. [1])

In Ansehung der Realservituten sind die in den obigen Stellen enthaltenen Ansätze zur Construction des Begriffs dieser Rechte im

---

[1]) Diese Erwägung findet sich schon bei Bartolus, comment. in l. 1 pr. uti poss. Nro. 3., wo es heißt: sicuti separata est proprietas a possessione, ita separatus est ususfructus a possessione, — et sic non diceretur recte, quasi possideo dominium: nec dicitur recte, quasi possideo usumfructum. Die Inconsequenz entgeht ihm nicht, welche darin liegt, daß, während beim Sachbesitz die Sache, nicht das dominium an derselben, als Object des Sachbesitzes hingestellt wird, der Rechtsbesitz ein Recht — oder einen Rechtsstoff — zum Gegenstande haben soll. Dieser Inconsequenz sucht er wenigstens beim Usufructus und Usus zu entgehen, indem er hier die Sache selbst als Besitzobject gelten läßt.

Sinne der Schriftsteller, deren Meinungen vorgetragen sind, noch geringer als in Ansehung des Ususfructus. Wenn Celsus die Realservituten als Eigenschaften des herrschenden Grundstücks bezeichnet, so zeigen die beigefügten Beispiele von Eigenschaften, mit denen die Servituten verglichen werden, der bonitas, salubritas, amplitudo, deutlich, daß der Ausspruch, wenn ihm überhaupt eine andere Bedeutung, als die eines geistreichen Gedankenspieles beizulegen sein möchte, jedenfalls nicht zur juristischen Construction des Rechtsstoffs der Realservituten als abgetrennter Eigenschaften der Sache oder als abgelöster Eigenthumsbestandtheile dienen kann. Gleich wenig verwendbar in diesem Sinne ist das Ulpiansche Fragment in l. 5 § 9 de op. nov. nunc., in welchem von dem, der einem praedium urbanum eine Servitut aufgelegt hat, gesagt wird: ius suum deminuit, alterius auxit. Denn das Wort ius kann hier ebenso die gesammte Rechtssphäre, wie das Eigenthumsrecht bedeuten. Es bleibt noch die von Ulpian in der l. 15 § 8 quod vi aut clam gebrauchte Bezeichnung dominium von dem Rechte der Realservitut. Wäre das Wort dominium hier im technischen Sinne gebraucht, so würde freilich als Object der Servitut nur wieder der Rechtsstoff der Servitut angesehen werden können, und man käme auch hier zu den oben gezogenen, durchaus unannehmbaren Consequenzen.

Die sprachliche Logik möchte vielleicht erfordern, daß man den fraglichen Ausdrücken jene Consequenzen abgewänne. Aber die juristische Logik erfordert ihre Zurückweisung vom Standpunkte der Römer selbst. Die Annahme eines dominium am Ususfructus und an den Realservituten macht die Annahme eines dominium an der proprietas selbst schlechterdings nothwendig. Man käme also zu einem Eigenthum am Eigenthum, am Nießbrauch, an den Realservituten und dem entsprechend zu einem Besitz am Eigenthum, am Nießbrauch, an den Realservituten, damit aber zu Constructionen, die den Römern sicher unverständlich sein würden. Die sprachliche Logik muß der juristischen nachgesetzt werden. Alles das, was ich als Andeutungen der in Rede stehenden Abstractionen und als Ansätze zu denselben bezeichnet habe, wird genügend erklärt zu einem Theile durch die im Verhältniß zu der unsrigen offenbar weniger gebildete und ärmere Sprache der römischen Juristen, dann aber auch durch die Sicherheit des juristischen Tactes der Römer, der sie Ausdrücke, deren wir uns nicht ungestraft bedienen könnten,

ohne Gefahr von Mißverständnissen gebrauchen ließ, und vielleicht nicht zum kleinsten Theile durch ihr Unvermögen zur Abstraction, das sie gehindert hat, die fraglichen Abstractionen als mögliche Consequenzen ihrer Ausdrucksweise in's Auge zu fassen.[1])

Sind aber auch die römischen Juristen vor den Consequenzen ihrer eigenen Ausdrücke bewahrt geblieben, so sind doch den Späteren die Verirrungen, die in jenen Consequenzen liegen, nicht erspart worden. Da die Römer die possessio in ihrer Anwendung auf Servituten iuris possessio oder iuris quasi possessio nannten, so erschien den Späteren als Object dieser possessio nicht die Sache in ihren dem Rechtsstoff der Servitut entsprechenden Beziehungen, sondern der Rechtsstoff der Servitut als selbständiges, von der res serviens ideell losgelöstes Besitzobject. Damit war dem Besitzbegriff die Möglichkeit gegeben, sich von der Beziehung auf körperliche Sachen überhaupt loszulösen, eine Möglichkeit, welche die Juristen des Mittelalters und noch die der neueren Zeit maßlos ausgebeutet haben.

§ 85. Die Superficies als Besitzobject.

Im Digestentitel de superficiebus trägt Ulpian vor, daß der Superficiar gegen den dominus soli, wenn er von diesem die Superficies gekauft, ex empto, wenn er sie gemiethet, ex conducto und bei Störungen durch einen Dritten mit der Klage des Eigenthümers, die er sich cediren zu lassen habe, sein Recht verfolgen und schützen könne, daß ihm aber auch eine quasi in rem actio und ein dem i. uti possidetis nachgebildetes Interdict zustehe. Als Voraussetzung der quasi in rem actio wird angegeben, daß die Superficies entweder ohne Beschränkung auf Zeit oder doch für eine längere Zeit bestellt sei. Für das Interdict ist diese Voraussetzung nicht

---

[1]) Brinz, kritische Ueberschau Bd. 2 S. 164, nennt die Elvers'sche Construction des Servitutenbegriffs ein Product deutscher unlebendiger Gelehrten-Reflexion und fertigt dieselbe weiter damit ab, daß die Römer praktische Leute gewesen seien, die für Befriedigung des im Leben hervortretenden Bedürfnisses in bedächtigem Fortschritt die rechte Form zu finden und auszubilden wußten, keine Kinder, die sich etwas weis machten oder weis machen ließen, und dabei so kurzsichtig waren, daß sie das Blendwerk, ohne es zu merken, selbst wieder zerrissen, indem sie die Servitut ein ius in re sc. corporali, die doch dem Eigenthümer gehören solle, nannten. Von den Auffassungen Duroi's, Büchel's, Scheurl's und Neuner's gilt das Gleiche.

vorgeschrieben. Im Fortgange des Titels wird die Superficies mit dem Ususfructus und dem Usus zusammengestellt. Für diese Analogie spricht auch die Formel des Interdicts, das nicht auf das possideatis uti possidetis, sondern auf das fruamini uti fruimini gestellt ist. Julian bezeichnet in der l. 86 § 4 de leg. I. die Superficies sogar ausdrücklich und ohne Umschweif als servitus.

Diese Analogie ist die einzig zulässige. Eine corporis possessio [1]) des Superficiars ist juristisch unmöglich, weil die Superficies als selbständige Sache nach römischer Rechtsanschauung nicht denkbar ist. Gaius sagt in der l. 2 de superf., daß nach ius civile und nach ius naturale die Superficies keinen anderen Eigenthümer haben könne, als den Herrn des Bodens. Dem entspricht, daß dem letzteren das i. uti possidetis zum Schutze seines Besitzes an der area und damit auch an der Superficies vorbehaltlich des dem Superficiar secundum legem locationis zu gewährenden Schutzes gegeben ist.

Einige Schriftsteller [2]) wollen das Besitzverhältniß des Superficiars als quasi corporis possessio aufgefaßt wissen, weil dasselbe sich auf ein körperliches Ding, das freilich als selbständige Sache nicht anerkannt werde, beziehe. Es mag sein, daß man dem Besitzverhältnisse des Superficiars auch auf diese Weise gerecht werden kann. Ich finde aber keinen Grund, die von den römischen Juristen angenommene und vom Prätor in der Formel des Interdicts zum Ausdruck gebrachte Analogie des Ususfructus abzulehnen und dafür den unrömischen Begriff eines quasi corpus für ein Ding, das zwar körperlich, aber keine Sache im Rechtssinne ist, aufzunehmen.

---

[1]) Eine solche wird u. A. von Schröter, Linde's Zeitschr. Bd. 2 S. 244 ff., Buchholtz, Versuche S. 83, Schilling, Institut. Bd. 1 § 137 Note e, Sintenis, Civilrecht Bd. 1 § 43 Note 17 angenommen. — Bruns, Recht des Besitzes S. 9, bemerkt, daß die Römer über die daraus, daß die Superficies keine selbständige Sache sei, gegen die Möglichkeit eines Sachbesitzes an derselben zu entnehmende Consequenz sich hinweggesetzt zu haben scheinen. — Vgl. auch die von Rudorff im Anh. zu Savigny's Besitz Nro. 85 referirten und beurtheilten Auffassungen; ferner Wächter, das Superficiar- oder Platzrecht S. 23 f., und Degenkolb, Platzrecht und Miethe S. 103 f. 114 ff.

[2]) u. A. Vangerow, Pandekten Bd. 1 § 200 Anm. 1 [a] c.

II. Spätere Rechtsentwickelung.

§ 86. Servitutenbesitz.

Auf dem Standpunct des römischen Rechts war ein Verharren nicht möglich. Man konnte den Römern die Inconsequenz nicht zutrauen, die man darin hätte finden müssen, daß nur für einige Servituten Besitzschutz stattfand. Die gute Meinung, die man vom römischen Recht hatte, hinderte seine richtige Erkenntniß. Schon die Glossatoren dehnten den possessorischen Schutz auf alle Servituten aus, und bis auf den heutigen Tag ist es bei dieser Ausdehnung geblieben. Man stritt nur darüber, in welcher Form und unter welchen Voraussetzungen der Schutz zu geben wäre. Dabei machten die speciellen Servituteninterdicte besondere Schwierigkeiten.

Accursius läßt das i. uti possidetis als utile für die Servituten allgemein zu mit Ausnahme der im Edict besonders ausgenommenen Cloakenservitut.[1]) Ueber das Verhältniß der speciellen Servituteninterdicte zu dem i. uti possidetis spricht er sich nicht aus. Mit dem für das i. de itinere, via, actu vorgeschriebenen Erfordernisse des dreißigtägigen usus im letzten Jahre findet er sich in der Art ab, daß, wenn ein so häufiger usus in einem Jahre für die Bedürfnisse des praedium dominans nicht nöthig ist, die Ausübungshandlungen, soweit sie zurückgehen, zusammengerechnet werden sollen.[2]) Bartolus fixirt das Verhältniß des i. uti possidetis zu den Specialinterdicten dahin, daß er das erstere nur für die servitutes continuae gibt, während für die discontinuae das i. de itinere oder das i. de aqua in analoger Anwendung Platz finden sollen, je nachdem es den Umständen des Falles entspreche, einen Ausübungsact oder mehre zur Ertheilung des possessorischen Schutzes zu verlangen (ut ex qualitate actuum requiratur unus actus vel plures). Das Gewicht wird darauf gelegt, daß durch Art und Zahl der Ausübungshandlungen die Annahme ausgeschlossen sein muß, es handele sich um einen modus cuiusdam facultatis vel amicitiae.[3]) Manche stimmen Bartolus bei. Andere geben das i. uti possidetis für alle servitutes praediorum urbanorum, noch andere für alle Servituten,

---

[1]) Gl. ait praetor und gl. non dabo zu l. 1 pr. uti poss.

[2]) Gl. conclusit unum zu l. 1 § 2 de it. act. priv.

[3]) Comment. in l. 1 § 1 de it. act. priv. Nro. 1.

welche nicht mit Specialinterdicten versehen sind.[1]) Die Natur der Controverse schloß die Möglichkeit, sie auszutragen, ein. Sie dauert noch heut fort.

§ 87. Das canonische Recht.

Durch die Ablösung des Objects der Servitut als einer res incorporalis von der res serviens war die Möglichkeit gegeben, den Besitzbegriff in seiner Anwendung auf res incorporales weiter auszudehnen. Das canonische Recht machte davon Gebrauch. Seine Festsetzungen führen sich, soweit andere Rechte, als Servituten und Superficies, für besitzbar erklärt sind, als materiell neues Recht ein, das im römischen Rechtsbesitz nur äußere Anlehnung findet. Für besitzbar erklärt werden kirchliche und weltliche Hoheitsrechte, die Immunität von diesen Rechten, kirchliche Aemter und Würden, Beneficien und Pfründen, kirchliche Ehrenrechte, die auf Besetzung kirchlicher Aemter und Würden und auf Vergebung von Pfründen bezüglichen Rechte, so das Patronats-, Präsentations-, Collations-, Electionsrecht, Regalien, Reallasten, insbesondere Zehnten und Zinsen, endlich die gegenseitigen Rechte der Ehegatten.[2]) Die in Rede stehenden Festsetzungen des canonischen Rechts wurden, ohne auf die geistlichen Gerichte beschränkt zu bleiben, alsbald und ohne bemerkbares Widerstreben der Legisten und der weltlichen Gerichtshöfe allgemein geltendes Recht.

Es wird darüber gestritten, ob und inwieweit die Bestimmungen des canonischen Rechts betreffs des Umfangs der Besitzbarkeit der Rechte selbständige neue Rechtssätze enthalten oder durch germanische Rechtsanschauungen, die in ihnen die zur Weiterexistenz erforderliche Gestalt gewonnen haben, zu erklären sind. Von den Romanisten wird die Frage des Einflusses germanischer Rechtsanschauungen regelmäßig verneint[3]), von den Germanisten wird sie ebenso regelmäßig

[1]) Menochi gibt über den Stand der Controverse zu seiner Zeit Auskunft im comment. de ret. poss. III Nro. 103 seq. — Uebrigens kam bei einigen der französischen Juristen die Erkenntniß des römischen Rechts wieder zum Durchbruch; cf. Donell. comment. ad c. un. uti poss., Cujac. comment. ad l. 4 de usurp.

[2]) Die Hauptstellen des canonischen Rechtsbuchs, welche von dem Besitz der Rechte handeln, hat Bruns, Recht des Besitzes im M. A. S. 186—193, aufgenommen. Es genügt die Verweisung auf diese Zusammenstellung.

[3]) Bruns, Recht des Besitzes S. 341, nimmt einen solchen Einfluß wenigstens insofern an, als er die Annahme des Besitzes bei allen objectiv dinglich radicirten

bejaht. Die letzteren knüpfen die Erweiterung der Grenzen der Besitzbarkeit der Rechte an die Gewere. Unter den Rechtsverhältnissen des germanischen Rechts, bei welchen eine Gewere möglich ist, sind die am häufigsten vorkommenden neben dem Eigenthume das Recht des Lehensherrn am Lehen, das des Vasallen am Lehen, das des Zinsherrn am Zinsgute, das des Zinsmannes an demselben Gute, das des Burgherrn an der Burg und am Burggute, das des Burgmanns ebenfalls an beiden, das des Leibzüchters, das des Ehemanns am Gute der Frau, das des Pfandbesitzers, das des Landesherrn am Territorium, das des Gerichtsherrn am Gerichtsbezirke.[1]) Neben den Rechten, deren Gegenstand ein bestimmtes Grundstück ist, oder die gegen den Besitzer eines bestimmten Grundstücks gerichtet sind, ist eine Gewere alsa auch an Rechten möglich, bei welchen keine andere Beziehung zwischen einer Person und einer Sache vorhanden ist, als die, daß Einwohner eines bestimmten Bezirks in einer oder der anderen Beziehung unter dem Willen des Berechtigten stehen, bestimmte Befugnisse des letzteren ihnen gegenüber anzuerkennen haben.

Es kann nicht zweifelhaft sein, daß alle die Rechte, welche nach germanischem Recht Objecte der Gewere sein können, nach canonischem Recht besitzbar sind. Auf der anderen Seite fallen von den durch das letztere für besitzbar erklärten Rechten einige Kategorien durchaus in den Kreis der Rechte, an welchen eine Gewere möglich ist, nämlich außer den Hoheitsrechten und niederen Regalien auch die Reallasten, die mit dem germanischen Rechte des Zinsherrn auf gleicher Stufe stehen. Aber auch die kirchlichen Aemter und Würden, die niederen Kirchenämter nicht ausgenommen, würden ihrer Unterbringung unter den Begriff der Gewere nicht widerstreben, da sie in ihrer Richtung auf eine bestimmte Kirche eine Sache in einem gewissen Umfange ihrer Beziehungen dem Willen der Person unterworfen erscheinen lassen. Das Gleiche gilt von Beneficien und Pfründen. Selbst

---

Rechten im germanischen Rechte als die unmittelbare Veranlassung ansieht, bei allen diesen Verhältnissen auch nach römischem Rechte Besitz anzunehmen und die römischen Grundsätze darauf anzuwenden.

[1]) Stobbe, Handb. des deutschen Privatr. Bd. 2 Abth. 1 S. 15 f., nimmt an, daß der Lehnsherr nicht dem Vasallen, wohl aber Dritten gegenüber Gewere habe. A. M. sind Laband, vermögensrechtl. Klagen S. 163 ff., und Heusler, Gewere S. 161 f.

bloße Ehrenrechte, die der Berechtigte innerhalb eines bestimmten Gebietes anspricht, würden als Objecte der Gewere noch gelten können. Es bleiben nur noch die gegenseitigen Rechte der Ehegatten. Diese lassen keine Beziehung auf eine körperliche Sache zu. Der Kreis der Rechte, auf welche sich die dingliche Klage des germanischen Rechts erstreckt, fällt also mit dem Kreise der durch das canonische Recht für besitzbar erklärten Rechte nicht zusammen.

Dennoch ist ein Zusammenhang zwischen germanischem und canonischem Rechte nicht abzuweisen. Die Rechte, auf welche sich die dingliche Klage des germanischen Rechts bezog, mußten beim Wiederaufleben des römischen Rechts mit den dafür passend erscheinenden Rechtsmitteln des letzteren in Verbindung gebracht werden. Man gab zu ihrem Schutze die römischen Realklagen in analoger Anwendung. Das canonische Recht schuf neue Rechte, deren Structur mit der jener alten germanischen Rechte so weit übereinstimmte, daß man sie ebenfalls unter den Schutz der römischen Realklagen stellen konnte. Die deutschrechtliche Gewere aber wurde mit der römischen possessio identificirt.[1] Und da mit einem Rechtsschutze, der von dem Beweise des Rechtserwerbs abhing, zumal in der damaligen Zeit, in welcher die subjectiven Rechte häufig nicht Zeit genug hatten, sich zu consolidiren, dem Rechtsbedürfnisse wenig gedient war, so lag der Schwerpunct bei der Rechtsverfolgung auf der possessio, als der äußeren Erscheinung des Rechtes. Der römische Besitzschutz mußte sich in Folge der Identificirung der Gewere mit der possessio Umänderungen gefallen lassen, welche ihn dem veränderten Zweck entsprechend machten, und die denen analog waren, welche der römische Sachbesitz im Mittelalter erlitten hatte. Auch das gegenseitige Recht der Eheleute auf eheliches Zusammenleben wurde durch die päpstliche Gesetzgebung mit einer Klage versehen, die den römischen Realklagen nachgebildet war. Damit stand in Verbindung, daß man auch bei ihm ein Possessorium neben dem Petitorium hergehen ließ.

---

[1]) Dies zeigt sich insbesondere auch darin, daß nach canonischem Recht (vgl. die Nachweisungen bei Bruns, Besitz im M. A. S. 198—201) die possessio der Kirchenämter durch einen formalen Act, die corporalis institutio (bei Canonicaten assignatio stalli in choro et loci in capitulo et in processione) übertragen wurde (vgl. oben S. 248. 251 f.)

§ 88. Weitere Ausdehnung des Rechtsbesitzes.

Feste Grenzen waren dem Rechtsbesitz im canonischen Recht nicht gezogen. Von der dinglichen Klage des germanischen Rechtes konnte man die Bestimmung der Grenzen nicht mehr hernehmen, nachdem der Ehebesitz eingeführt war. Der Rechtsbesitz war also äußerlich unbehindert, sich weiter auszudehnen. Er fand diese Ausdehnung durch Praxis und Rechtswissenschaft. Bei der im Mittelalter herrschenden Richtung, das öffentliche Recht, für das sich besondere Normen noch nicht oder nur unzureichend entwickelt hatten, unter Gesichtspunkte des Privatrechts zu stellen, wurde er auf Staatsämter und Ehrenämter, zumal hier die Analogie der kirchlichen Aemter vorlag, aber auch auf andere publicistische Rechte, das Recht des Adels, das des geistlichen Standes, das Bürgerrecht, Zunftrechte, nach der Reformation auch auf das Recht einer bestimmten Gottesverehrung, angewendet.

Für andere Rechte wurden Analogien aus dem römischen Rechte hergenommen. Im Anschluß an die possessio libertatis wurde ein Besitz der persönlichen Freiheit anerkannt. Während aber im römischen Rechte von einer Anwendung der Interdicte auf jene possessio nicht die Rede ist, versah man sie jetzt mit dem possessorischen Schutze. Die Analogie des interdictum de liberis ducendis, das man als ein possessorisches Rechtsmittel auffaßte, gab der Besitzbarkeit des Rechts der patria potestas eine gesetzliche Stütze. Aus den Stellen der römischen Rechtsbücher, in denen von einer possessio ingenuitatis und libertinitatis die Rede ist, ließ sich eine possessio filiationis, fraternitatis, sororitatis, consanguinitatis, affinitatis, legitimitatis herleiten.[1])

Die Besitzbarkeit der Reallasten führte dahin, auch an persönlichen Rechten auf wiederkehrende Hebungen Besitz zuzulassen. Die Besitzbarkeit dieser letzteren Rechte ist aber niemals unangefochten geblieben. Die Canonisten sprechen sich zumeist für dieselbe, die Legisten dagegen aus.[2]) Es ist der besitzähnliche status percipiendi, der hier die Möglichkeit des possessorischen Schutzes vermitteln soll.

[1]) Postius (tract. de manut. obs. 30—36) stellt die Rechtsentwickelung bei den Italienern, Schneidewin (comment. in § 4 de interd. Nro. 6—60) die Rechtsentwickelung bei den Deutschen in diesem Stadium dar. — Vgl. im übrigen die Nachweisungen bei Bruns, Besitz im M. A. S. 274 ff., S. 383 f.

[2]) Specielle Auskunft gibt Menochi über den Stand der Controverse zu seiner Zeit (comment. de recup. poss. I. Nro. 87 seq.)

Ausgenommen von der Besitzbarkeit werden nur die Fälle, in denen es sich um sündhafte Dinge handelt, wie bei dem Zusammenleben mit einer Concubine, bei dem Anspruche eines Geistlichen, für Verwaltung der Sacramente bestimmte Hebungen zu fordern [1]), u. dergl.

Damit war der Schritt in das Maßlose vorbereitet, den man zuletzt that, indem man das Gebiet des Besitzbegriffs in der Art abrundete, daß die Rechte allgemein als res incorporales dem Besitzbegriff in derselben Weise untergeordnet wurden, wie die körperlichen Sachen. So heißt es bei Kreittmayr (Anm. 3 zum bayr. Landr. II. 5. 2): „Ab obiecto wird die Possession in veram vel quasi getheilt und jene von corporalibus, diese von incorporalibus prädicirt. — In Deutschland war dieser Unterschied vorher nicht bekannt — und er hat auch in ratione keinen rechten Grund — sondern rührt ursprünglich aus dem unrichtigen Begriff her, welchen sich die römischen Jurisconsulti theils von der Possession, theils von unkörperlichen Dingen gemacht haben.“ Daher erklärt Kreittmayr „alle iura incorporalia, und zwar ohne allen Unterschied inter realia vel personalia“ für besitzbar. — Man sprach bei persönlichen Forderungen von einer quasi possessio actionis, die durch Cession erworben werden sollte, und knüpfte bei verbrieften Forderungen den Besitz der Forderung an den Besitz der Schuldurkunde. Bei Leyser heißt es: Possessor chirographi nomen possidere videtur. [2]) Praktisch wirksam wird der Satz freilich nur in der Art, daß der Besitz der Schuldurkunde die Ermächtigung zur Einziehung der Forderung geben soll.

§ 89. Das preußische Landrecht.

Nach dem preußischen allgemeinen Landrecht können Rechte als res incorporales ebenso wie körperliche Sachen Objecte des Eigenthums wie des Besitzes sein. Eigenthümer eines Rechts ist, wer die Befugniß hat, über die Substanz eines Rechts mit Ausschließung Anderer aus eigener Macht zu verfügen, Besitzer, wer ein Recht als sein eigenes ausübt. Grundsätzlich ist für kein Recht die Möglichkeit des Eigenthums ausgeschlossen, ebenso wie jedes Recht Object

---

1) Post. tract. de manut. obs. 10 Nro. 93 seq.

2) Med. ad pand. sp. 452 Nro. 6. 7.

des Besitzes sein kann.[1]) Diese Schrankenlosigkeit der Ausdehnung des Besitzbegriffs ergibt sich nicht blos aus dem Texte des Gesetzbuchs, sondern auch aus den Materialien. Tevenar bemerkte zum § 1 des ersten Entwurfs unter Beistimmung von Suarez, daß der Besitz sich über körperliche und unkörperliche, bewegliche und unbewegliche Sachen, über Standeseigenthumsrechte und Personalforderungen erstrecke. Die Materialien ergeben ferner, daß den Redactoren des Landrechts die am Schlusse des vorigen § dargelegte Meinung nicht fremd gewesen ist, nach welcher der Besitzbegriff eine Anwendung selbst auf diejenigen obligatorischen Rechte verträgt, die auf einmalige, mit der Tilgung des Rechts zusammenfallende Ausübung berechnet sind. In der ersten Ausarbeitung, den sogenannten Klein'schen Materialien, sind die Sätze enthalten: 1) daß die Uebergabe unkörperlicher Dinge durch die Einwilligung geschehe, daß der Andere sich von nun eines gewissen Rechts bedienen könne, 2) daß die Uebertragung des Besitzes an einem Rechte, welches sich auf eine Schrift gründe, durch Uebergabe der letzteren erfolge, 3) daß, wer das Schuldinstrument in Händen habe, im zweifelhaften Falle für den Besitzer der Schuldforderung anzusehen sei.[2]) Der dritte dieser Sätze ist aber schon in der zweiten Ausarbeitung, dem sogen. Kircheisen'schen Entwurf, weggeblieben. Die ersten beiden Sätze sind in theilweise veränderter Fassung noch in den ersten gedruckten Entwurf übergegangen. Goßler monirte gegen den ersteren, daß in ihm das Erforderniß des Rechtserwerbes mit dem des Besitzerwerbes verwechselt sei, und gegen den anderen, daß die Uebergabe der Urkunden nur die Gewahrsam dieser Urkunden, aber nicht den Besitz des Rechts wirke, welches dadurch begründet werde.[3]) Beide Monita hatten Erfolg. Die beiden Sätze wurden im umgearbeiteten Entwurf weggelassen. Damit ist die Theorie Leyser's verworfen. Die ältere Praxis des Ober-Tribunals steht aber noch unter dem Einfluß dieser Theorie. So hat das Ober-Tribunal die Vorschriften des A. L. R., nach welchen unter mehren Personen, denen ein und derselbe Auctor ein Recht zur Sache eingeräumt, derjenige, der in gutem Glauben von dem Auctor den Besitz der Sache eingeräumt

[1]) I. 7 §§ 4—9. I. 8 §§ 1. 2.

[2]) Materialien S. 28 f.; Klein allegirt Leyser sp. 452 Nro. 6.

[3]) a. a. O. S. 248. f.

erhalten, die übrigen ausschließt, auf den Fall der durch einen und denselben Cedenten geschehenen Abtretung einer Forderung an mehre Personen in der Art angewendet, daß unter den mehren Cessionarien derjenige, dem der Cedent die Schuldurkunde übergeben, die übrigen ausschließen soll. In ähnlicher Weise hat das Ober-Tribunal bei der Frage, ob eine Schenkung durch Uebergabe vollzogen sei, angenommen, daß bei verbrieften Forderungen eine gültige Uebergabe dann vorliege, wenn der Gläubiger dem Schuldner die Schuldurkunde zurückgebe, dieser eine neue Obligation auf den Namen des Beschenkten ausstellen lasse und der letztere solche annehme. Denn, so wird ausgeführt, bei Rechten auf Kapitalzahlungen geschehe die Tradition durch die Erklärung gegen den Verpflichteten, daß er künftig an den Cessionar oder Donatar zu zahlen habe, in Verbindung mit der Annahme dieser Erklärung durch den neuen Berechtigten; und die erste Ausübung des Besitzes durch den Beschenkten liege darin, daß der letztere das auf die Anweisung des Schenkers vom Schuldner erklärte Anerkenntniß seines Gläubigerrechtes anund die neue schriftliche Obligation auf seinen Namen zu Händen nehme.[1]) Beide Urtheile beruhen auf dem Gedanken Leyser's, daß das Forderungsrecht durch die Schuldurkunde repräsentirt werde.

Wie sich die Redactoren des Landrechts bei der Schlußredaction die Anwendung des Besitzbegriffs auf Rechte gedacht haben, folgt in erster Reihe aus den Bestimmungen über die Erfordernisse des Besitzerwerbes: 1) der Besitz der Rechte, deren Ausübung den unvollständigen Sachbesitz voraussetzt, wird mit dem letzteren erworben, 2) der Besitz der Rechte, welche mit dem Besitze einer Sache verbunden sind, geht mit der Tradition der Sache auf den neuen Besitzer der letzteren über, 3) an anderen Rechten wird der Besitz durch Ausübung des Rechts, d. i. des Rechtsstoffs, erworben. Für diese gelten folgende Sätze: a) der Erwerb des Besitzes an affirmativen Rechten geschieht in der Weise, daß, wer eine Handlung, die ein Anderer als eine fortdauernde Schuldigkeit von ihm fordert, wirklich leistet, denselben in den Besitz des Rechts setzt, die Wiederholung dieser Handlung von ihm zu fordern, b) den Besitz eines negativen Rechts erwirbt, wer eine Handlung, welcher der Andere widersprechen konnte, ohne dessen

[1]) Urtheile v. 21. Febr. 1846 und v. 5. Mai 1838, Entsch. Bd. 13 S. 190. Bd. 4 S. 71.

Widerspruch unternimmt, c) an einem Untersagungsrechte wird der Besitz dadurch erworben, daß auf das Verbot des Erwerbenden der Andere von einer unternommenen Handlung absteht. Ist ein Untersagungsrecht durch eine ausdrückliche Willenserklärung eingeräumt worden, so gilt damit allein schon der Besitz des Rechts als erworben.[1])

Aus diesen Bestimmungen ist soviel zu entnehmen, daß ein Recht, um besitzbar zu sein, seine einmalige Ausübung überdauern muß.

Im Detail der landrechtlichen Theorie finden wir eine Anwendung des Besitzbegriffs auf folgende Rechte: 1) das Faustpfandrecht, 2) das Recht des Gebrauchs und der Nutzung fremder Sachen, nämlich Nießbrauch, Commodat, Pacht und Miethe, geistliche Pfründen, 3) staatliche Hoheitsrechte, nämlich a) die Gerichtsbarkeit, b) gewisse Regalien, so das Bergwerksregal, das Jagdregal, das Land- und Heerstraßenregal, das in dem Rechte der Occupation gewisser herrenloser Sachen und das in dem Rechte auf Confiscate, Geldbußen und Abzugsgelder bestehende Regal, 4) die Exemtion von Hoheitsrechten, namentlich dem Rechte der Besteuerung, 5) kirchliche Rechte, nämlich außer dem Recht an der Pfründe das Patronatrecht, das Zehntrecht, 6) Exemtionen von kirchlichen Rechten, namentlich vom Zehntrecht, 7) Grundgerechtigkeiten, 8) Reallasten, namentlich außer dem Zehntrecht die Rechte der Gutsherrschaften auf bestimmte Dienste der Unterthanen und auf Grundzinsen derselben, 9) verzinsbare Kapitalien.[2])

Außerdem wird das Erbrecht noch in bestimmte Beziehungen zum Besitze gebracht. Es wird vom Besitzer des Nachlasses gesprochen. Die Verpflichtungen werden festgesetzt, welche der redliche und welche der unredliche Besitzer der Erbschaft dem wahren Erben gegenüber haben. Es wird bestimmt, daß, wer redlicher Weise zum Besitze einer Erbschaft gekommen ist, darin so lange geschützt werden soll, bis das bessere Recht des Erbschaftsprätendenten ausgemittelt ist. Auch wird vorgeschrieben, unter welchen Voraussetzungen der Richter einem von mehren Prätendenten den Besitz der Erbschaft

---

[1]) A. L. R. I. 7. §§ 77—87.

[2]) A. L. R. I. 20. §§ 71. 104. 116. I. 21. §§ 1. 2. 22. 229. 258. II. 11. §§ 1115 ff. II. 17. §§ 24. 29. II. 14. §§ 26. 29 ff. II. 16. § 106. 39. 8. 2. II. 14 § 23. II. 17. §§ 126. 174 ff. II. 14. § 80. II. 11. §§ 574—576. 865. 870. I. 22. § 13. 14. II. 7. §§ 463. 464. 487. 494. II. 11. § 815. I. 7. §§ 192. 232. I. 11. § 839.

einräumen soll.[1]) Diese Vorschriften finden ihre Erklärung in der juristischen Selbständigkeit, welche der Erbschaft beigelegt ist, und die eine Anwendung der Bestimmungen über den Sachbesitz auf die Erbschaft nach gewissen Richtungen gestattet. Aber ein possessorischer Schutz des Erbschaftsbesitzers existirt nicht. Insbesondere ist der Schutz, der dem redlichen Erbschaftsbesitzer zugesagt wird, kein possessorischer, sondern ein petitorischer. Er beruht auf dem Delationsgrunde, auf welchen der Erbschaftsbesitzer sein behauptetes Erbrecht stützt, und fällt weg, sobald der Beklagte den Nachweis führt, daß ihm ein den Kläger ausschließendes Erbrecht zustehe. Auch kann eine Erbschaft nicht ersessen werden, wenn schon die Erbschaftsklage der Verjährung unterliegt. Nur an den einzelnen zur Erbschaft gehörigen Sachen und Rechten ist Besitz mit den Wirkungen des Besitzschutzes und der Ersitzung möglich.

Dagegen hat die Ausdehnung des Besitzes auf verzinsbare Kapitalien eine wunderlich scheinende Frucht hervorgebracht in der Bestimmung, daß, wenn eine gewisse Summe dreißig Jahre hindurch als Zinsen eines schuldigen Kapitals bezahlt worden ist, der Empfänger der Zahlung das Kapital vermöge eines durch Verjährung erworbenen Rechtes fordern kann.[2]) Vom Standpuncte des römischen Rechts ist die Bestimmung nicht qualificirbar. Mit Hilfe deutschrechtlicher Anschauungen möchte sich die juristische Formel für sie wohl finden lassen. Man braucht die Darlehnszinsen nur unter den Begriff einer Rente zu bringen, deren Ablösung jedem Theile freisteht.[3])

---

[1]) A. L. R. I. 9. §§ 370. 495—498. I. 12. §§ 243. 244. 250 ff.

[2]) A. L. R. I. 11. § 839.

[3]) Arndts, Pözl krit. Vierteljahrsschr. Bd. 8. S. 388, bemerkt über diese Frage, das heutige verzinsliche Darlehn sei der locatio conductio rei nahe verwandt, eine Kapitalmiethe, woraus die doppelte Verpflichtung entspringe, das erhaltene Kapital dereinst zurückzuzahlen und bis dahin als Entgelt für dessen Benutzung Zinsen zu entrichten; der unkündbare Rentenkauf sei einer conductio in perpetuum zu vergleichen. Könne man das Recht auf die Rente im Ganzen als ein einheitliches auffassen, das durch die Empfangnahme der einzelnen Rente ausgeübt werde, so sei die gleiche Auffassung auch bei dem Darlehn möglich. Arndts will so die Möglichkeit des Besitzes am Recht auf Zinsen nach österreichischem Recht construiren. Aber de lege ferenda verwahrt er sich gegen solche Ausdehnung des Rechtsbesitzes.

Die oben angegebenen einzelnen Rechte, auf welche das Landrecht den Besitzbegriff ausdrücklich zur Anwendung bringt, sind zwar nicht die einzigen, an welchen nach preußischem Rechte Besitz möglich ist. Aber der Kreis der besitzbaren Rechte läßt sich auch nicht in der Art ziehen, daß alle Rechte, die nicht auf die einmalige Ausübung gestellt sind, als mögliche Objecte des Besitzes zu gelten haben. Die ehelichen Rechte stehen unter ihren eigenen Normen, nach denen von einer Ausdehnung des Besitzes auf sie nicht die Rede sein kann. Auf die durch Verwandtschaft bedingten Rechte hindern zwar positive Bestimmungen solche Ausdehnung nicht. Aber unter der Herrschaft des Landrechts ist schwerlich ein Fall vorgekommen, in welchem für derartige Rechte der possessorische Schutz in Anspruch genommen worden ist. Das Bedürfniß einer provisorischen Regulirung macht sich in Ansehung ihrer nicht geltend. Von den Standes- und Ehrenrechten gilt, soweit solche Rechte zum Gegenstande einer Entscheidung im ordentlichen Rechtswege überhaupt gemacht werden können, dasselbe. Das Recht am Amte aber ist unter den Schutz von Normen des öffentlichen Rechts gestellt, welche den ordentlichen Rechtsweg ausschließen. Die ehelichen Rechte, die durch Verwandtschaft bedingten Rechte, das Recht am Amte können auch niemals Gegenstände der Ersitzung sein, während in Ansehung der Standes- und Ehrenrechte ein Erwerb durch Ersitzung nicht ausgeschlossen ist.

Der gemeinrechtliche Streit, unter welchen Voraussetzungen und durch welche Rechtsmittel der Besitz an den Rechten, denen die Schuldigkeit zu bestimmten wiederkehrenden Leistungen entspricht, zu schützen sei, ist in der preußischen Gerichtspraxis damit ausgetragen worden, daß man dergleichen Rechte nicht für geeignet erklärt hat, durch ein possessorisches Rechtsmittel geschützt zu werden. Das Ober-Tribunal hat erwogen, daß von einer Störung im Besitze oder gar von einer Entziehung des Besitzes nicht die Rede sein könne, wenn nichts weiter vorliege, als daß die dem Recht entsprechende Leistung nicht erfolge, selbst dann nicht, wenn die Leistung ausdrücklich verweigert werde, und daß selbst der in der ausgesprochenen Absicht, sich von der fortgesetzten Leistung frei zu machen, erfolgenden Verweigerung der Leistung der im A. L. R. für die Zulassung des Possessoriums erforderte Charakter der Gewalt oder der Eigenmächtigkeit nicht beigelegt werden könne. Eine Beunruhigung im Besitze sei ohne eine auf den äußeren Zustand thätig einwirkende und ihn verändernde

Handlung des Verpflichteten nicht anzunehmen. Eben so wenig liege in der Verweigerung der Leistung eine Entsetzung des Besitzers aus dem Besitze. Denn der Besitzverlust trete ein, wenn der bisherige Besitzer sich bei der Weigerung des Anderen, die Handlung vorzunehmen, beruhige.[1])

Diese Argumentation ist nicht ohne Bedenken. Der Grund dafür, daß bloße Worte des Gegners nicht geeignet sind, den Schutz des Sachbesitzes herauszufordern, liegt darin, daß es beim Sachbesitzer steht, ob er die bloßen Worte des Anderen beachten oder trotz derselben seinen Besitz ausüben will. Das Argument ist also für unseren Fall ohne Bedeutung. Erkennt das Recht einen Besitzstand in Ansehung affirmativer Rechte überhaupt an, so ist mit logischer Nothwendigkeit auch die thatsächliche Möglichkeit einer Besitzstörung anzuerkennen. Der Sprachgebrauch des Gesetzes ist nach den Rechtsanschauungen der Zeit zu bestimmen, in der es abgefaßt worden ist. Zu jener Zeit aber war in Ansehung der Reallasten und derartiger affirmativer Rechte der possessorische Schutz bei Weigerung der Leistung, in der man, sei es eine Störung, sei es eine Entziehung des Besitzes fand, durchaus unbestritten. Die Ausführung, daß eine Störung oder Beunruhigung des Besitzes nur durch eine auf den äußeren Zustand thätig einwirkende und ihn verändernde äußere Handlung möglich sei, bringt vermeintliche römischrechtliche Anschauungen zur Geltung, die hier keinen Platz finden können. Die Entscheidung enthält mit ihrer mangelhaften Begründung de lege lata eine Signatur dafür, daß bei geordneten socialen und staatlichen Zuständen und einer Rechtspflege, welche, wie die altpreußische, den besonderen Vorzug der Schleunigkeit hat, das Postulat eines Schutzes des Besitzstandes gegenüber der erleichterten Möglichkeit, das Recht selbst, wenn ein solches vorhanden ist, im Rechtswege durchzuführen, zurücktritt.

Uebrigens läßt das Ober-Tribunal die Ausschließung des Besitzschutzes von der Anwendung auf affirmative Rechte dann nicht zu, wenn es sich um ein Recht handelt, welches zwar einzelne Befugnisse enthält, die unter den Begriff affirmativer Rechte fallen, das aber in seinen wesentlichen Ausflüssen als ein affirmatives Recht sich nicht

---

[1]) U. v. 22. März 1844, Entsch. Bd. 10 S. 101. Vgl. über die vorliegende Frage Korte in Gruchot's Beiträgen zur Erläut. des pr. Rechts Bd. 5 S. 145 ff.

darstellt. Hier soll der wesentliche Inhalt des Rechts die Frage nach der Zulässigkeit des Besitzschutzes entscheiden. Der Fall tritt beim Patronatrecht ein. Für dasselbe wird die Besitzklage gegeben, und zwar in Ansehung des ganzen Rechtsinhalts, auch der in ihm liegenden affirmativen Befugnisse.[1])

§ 90. Die übrigen neueren Codificationen.

Nach französischem Rechte sind die Servituten die einzigen Rechte, an denen Besitz möglich ist. Possessorischer Schutz findet für die persönlichen Servituten (usufruit, usage, habitation) an Grundstücken und für die Grunddienstbarkeiten statt. Die sogenannten gesetzlichen Dienstbarkeiten, d. h. die vom französischen Recht als Servituten qualificirten gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums, so wie diejenigen auf dem Privatwillen beruhenden Servituten, welche sich durch äußere Anlagen ankündigen, und die gleichzeitig das dienende Grundstück ununterbrochen treffen, (servitudes apparentes et continues) haben auf Besitzschutz ohne andere Voraussetzungen, als die für allen Besitzschutz erforderliche einjährige Dauer des Besitzstandes Anspruch. In Ansehung der übrigen Grunddienstbarkeiten erfordert der Besitzschutz außerdem ein Coloriren des Possessoriums, d. h. die Beibringung eines Rechtstitels des Besitzes. Es findet deshalb bei einem zur Begründung des Rechts augenscheinlich unzureichenden Titel keine Besitzklage statt. Wird aber die Klage durch Beibringung eines an sich zureichenden Titels begründet, so gehören alle nicht sofort liquiden Einreden in das Petitorium.[2]) — Ersitzung wird für die persönlichen Servituten und von den Grunddienstbarkeiten nur für die servitudes apparentes et continues zugelassen.[3])

Im französischem Gesetzbuch finden sich Spuren der Anschauung des canonischen Rechts, daß Familienrechte Besitzobjecte sein können. Die Artikel 320 ff. des code civil sprechen ausdrücklich von der zum Beweise legitimer Abstammung dienenden possession d'état, welche

---

[1]) U. v. 18. März 1857 Entsch. Bd. 35 S. 384, Strieth. Arch. Bd. 24 S. 125 Nro. 29.

[2]) Mit dieser Modification ist also die Ausschließung der Erörterung des Titels, von der oben S. 188 die Rede gewesen ist, zu verstehen.

[3]) C. c. art. 2265. 526. 690. 691. Zachariä französ. Civilr., Ausg. von Anschütz Bd. 1 S. 449—452. Bd. 2 S. 5. 61—63.

entsteht par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il prétend appartenir. Diese Anwendung des Besitzbegriffs auf den Status eines Kindes ist aber von geringer dogmatischer Bedeutung. Es handelt sich nur um eine technische Bezeichnung für den Inbegriff der factischen Umstände, aus deren Zusammenwirken die Vermuthung sich ergiebt, daß eine Person das eheliche Kind einer anderen sei, und es ist weder von Besitzschutz noch von Ersitzung die Rede. In ähnlicher Weise wird von einer possession d'état d'époux gesprochen. [1])

Das Rechtsbedürfniß, dem Erben die possessorische Klage, die ihm zum Zwecke des Erwerbes der realen Macht über ein Grundstück, an welchem vor der durch ihn selbst erfolgten Besitznahme ein Anderer Besitz ergriffen hat, vermöge des Rechtssatzes: le mort saisit le vif gegeben ist, auch dann nicht zu versagen, wenn Mobilien in Frage sind, hat dahin geführt, daß man auch einen Besitz an der Erbschaft angenommen hat. Doch ist diese Meinung bestritten. [2])

Das österreichische Gesetzbuch bezeichnet alle unkörperlichen Sachen, welche Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sein können, als mögliche Besitzobjecte. [3]) Aus dieser Vorschrift wird gefolgert, daß die Statusrechte und die Familienrechte nicht besitzbar seien, da die Bestimmung den Rechtsbesitz auf das Gebiet des Vermögensrechts beschränke. [4])

Weitere Bestimmungen für den Umfang des Rechtsbesitzes ergeben sich aus den Sätzen, welche den Erwerb des Rechtsbesitzes betreffen. Dieser Erwerb geschieht durch den Gebrauch des Rechts in eigenem Namen. Der Gebrauch wird gemacht a) bei den sogenannten bejahenden Rechten (den affirmativen des preußischen Rechts) in der Weise, daß der Eine von dem Anderen etwas als eine Schuldigkeit fordert und dieser es ihm leistet, b) bei den sogen. verneinenden Rechten (den negativen des preußischen Landrechts) in der Art, daß der Eine die einem Anderen gehörige Sache mit dessen Gestattung

---

[1]) C. c. art. 195. 196.

[2]) Zachariä, französ. Civilrecht, Ausg. von Anschütz, a. a. O. S. 452 f.

[3]) Gesetzb. § 311.

[4]) Randa, Besitz S. 236 ff.

zu seinem Nutzen verwendet, c) bei den Verbotsrechten (den Untersagungsrechten des preußischen Rechts) so, daß auf das Verbot des Einen der Andere das, was er sonst zu thun befugt wäre, unterläßt.[1] Diese Bestimmungen schließen, ebenso wie die entsprechenden Vorschriften des preußischen Landrechts, den Rechtsbesitz von denjenigen Rechten aus, welche die Möglichkeit einer dauernden Ausübung nicht bieten.

Ausdrücklich werden im österreichischen Gesetzbuch als besitzbare Rechte nur die Servituten und andere auf fremdem Boden ausgeübte besondere Rechte bezeichnet. Diese besonderen Rechte sind die Reallasten und die Bannrechte.[2]

Die österreichischen Juristen erkennen aber das Bedürfniß an, den Rechtsbesitz über die objectiv-dinglichen Rechte hinaus auszudehnen, und sie tragen dem Bedürfnisse Rechnung. Der Besitzbegriff wird nämlich auch angewendet auf die Realrechte, die lediglich activ mit dem Besitz am Grund und Boden verbundenen Rechte. Hierher werden das an den Besitz eines Gutes geknüpfte Patronatrecht, die mit dem Besitz eines Gutes verbundenen Jurisdictions- und anderen Hoheitsrechte und die an den Besitz eines Grundstücks geknüpften, wenn auch passiv mit dem Besitz an Grund und Boden nicht zusammenhängenden Bannrechte gezählt.[3]

Man geht aber noch weiter, indem auch das Pachtrecht als mögliches Besitzobject hingestellt wird. Hierbei wird die Analogie des Nießbrauchs zur Anwendung gebracht. Nach österreichischem Rechte wird das Pachtrecht nicht, wie nach preußischem, durch die Einräumung der realen Macht über die Sache seitens des Verpächters zu einem dinglichen Recht, sondern bleibt ein lediglich obligatorisches Recht. Daher hat man mit der Argumentation, daß kein juristischer Grund vorhanden sei, den Besitz an obligatorischen Rechten, die eine wiederholte Ausübung gestatten, auszuschließen, den Rechtssatz aufgestellt, daß an allen obligatorischen Rechten, welche die Möglichkeit fortgesetzter Ausübung bieten, Besitz stattfinde. Dieser Rechtssatz entspringt also auf der einen Seite dem Bedürfnisse, dem Pächter einen selbständigen Schutz seiner Herrschaft zu gewähren, andererseits

[1] Gesetzb. § 313.

[2] Gesetzb. §§ 1469—1471. Vgl. Randa a. a. O. S. 256.

[3] Randa a. a. O. S. 266 f.

der Erwägung, daß rechtsgrundsätzlich der Besitz an obligatorischen Rechten, welche eine wiederholte Ausübung gestatten, nicht ausgeschlossen sei, und endlich dem Streben, den zu bildenden Rechtssatz principmäßig zu gestalten. Von diesem Gesichtspunkte aus wird außer dem Rechtsbesitze des Pächters (Bestandnehmers) auch ein Rechtsbesitz des Commodatars und ein Besitz an Rentenrechten[1]) anerkannt.

Controvers ist die Frage, ob Besitz am Pfandrechte möglich sei. Randa verneint, Arndts bejaht die Frage, der erstere von dem Gesichtspunkte aus, daß der wesentliche Inhalt des Pfandrechts die Veräußerungsbefugniß sei, die sich in einem Acte vollziehe, der letztere mit dem Argumente, daß das Pfandrecht nicht blos durch die Veräußerung der Sache ausgeübt werde, sondern auch dadurch, daß der Pfandnehmer die Sache bis zu seiner Befriedigung in Verwahrung halte.[2]) Ich halte das letztere Argument für durchgreifend. Das Princip des preußischen Rechts, welches das Faustpfandrecht an die Herrschaft des Pfandnehmens über die verpfändete Sache in der Art knüpft, daß das Recht aufhört, sobald der Pfandnehmer die Sache dem Verpfänder wieder überläßt, ist freilich im österreichischen Rechte nicht anerkannt, indem das letztere in dem gedachten Falle das Pfandrecht fortbestehen läßt. Daraus aber folgt nur, daß nach österreichischem Rechte ein Besitz am Pfandrecht nur dann und nur so lange möglich ist, als der Pfandgläubiger die Sache in seiner Verwahrung hat.

Betreffs der Frage, ob das Recht auf die Zinsen eines Kapitals besessen werden könne, verweise ich auf das im vorigen § Gesagte.[3]) Randa verneint die Frage mit dem römischrechtlichen Argumente, daß mit der Zinserhebung nicht das Recht aus dem Darlehn ausgeübt werde, daß vielmehr die Forderung auf jede Zinsrate eine besondere Obligation sei, und sich mit der Leistung des Zinses verzehre.[4])

Im bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen ist der Rechtsbesitz dem römischen Recht nachgebildet, indem nur Dienstbarkeiten als Objecte desselben anerkannt sind. An persönlichen

[1]) Randa a. a. O. S. 265.

[2]) Randa a. a. O. S. 242 f., Arndts in Pözl. Vierteljahrsschr. Bd. 8 S. 382 ff.

[3]) S. 403 Note 3.

[4]) a. a. O. S. 265 f.

Dienstbarkeiten kommt der Besitz nur als possessio ad interdicta in Betracht, während Grunddienstbarkeiten auch ad usucapionem besessen werden können. Bei Reallasten wird der Besitz schlechthin ausgeschlossen.[1] Außer dem Pfandrecht, den Reallasten und den Dienstbarkeiten kennt das sächsische Gesetzbuch kein Recht an fremder Sache. An persönlichen Rechten findet Rechtsbesitz nicht statt.

§ 91. Das heutige gemeine Recht.

a) Die Theorie in ihren Hauptrichtungen.

Als Savigny gegen die Rechtsgestaltungen, die sich in sieben Jahrhunderten gebildet und behauptet hatten, das römische Recht in quellenmäßiger Reinheit vorführte, blieb er in seinem Bestreben, dasselbe auch für die Praxis wiederherzustellen, vor bestimmten nicht römischen Anwendungen des Rechtsbesitzes stehen, ohne seinen Beruf der Purification dahin aufzufassen, daß er für ihre Wegschaffung in die Schranken trat. Er zog in Betracht, daß bei gewissen, durch die Verfassung der christlichen Kirche und der europäischen Staaten erzeugten Rechten, welche den Römern theils nicht bekannt, theils von ihnen nicht als eigene Rechte der Einzelnen angesehen worden wären, ein ähnlicher Schutz der bloßen Ausübung gedacht werden könnte, wie bei dem Eigenthume. Nach diesem Maßstabe erklärt er außer den Servituten diejenigen Rechte für geeignete Objecte des Rechtsbesitzes, deren Ausübung mit dem Besitze des Bodens, d. h. mit der Ausübung des Grundeigenthums zusammenhänge, oder bei denen wenigstens ein Analogon jener Beziehung auf den Besitz des Bodens denkbar sei. Als solche Rechte zählt er auf: die bischöfliche Gewalt, die Staatsgewalt oder einzelne Zweige derselben, die Jurisdiction der Güterbesitzer und die Reallasten. In dieser Ausdehnung des Besitzbegriffs sieht er keine Veränderung der römischrechtlichen Ansicht des Besitzes, sondern eine Beziehung derselben auf Gegenstände, worauf schon die Römer sie bezogen haben würden, wenn sie diese Gegenstände gekannt hätten. Für nicht anwendbar erklärt er den Besitzbegriff auf Rechte des persönlichen Zustandes, also auf Eherechte und Familienrechte, und auf Obligationen, weil

---

[1] §§ 512. 530. 556 ff. 577 ff. 602. 647.

hier ein ius obligationis (ex maleficio), wodurch die Ausübung eines anderen Rechtes ohne alle Rücksicht auf das Dasein dieses anderen Rechtes geschützt werden könne, sich nicht denken lasse. Den possessorischen Schutz für die Rechte, welche darnach außer den Servituten Objecte des Rechtsbesitzes sein können, will Savigny mit der actio spolii geben. Auch will er diese Klage auf die quasi possessio derjenigen Servituten angewendet wissen, für die nach römischem Recht kein possessorischer Schutz stattfand. Ueberall da, wo das römische Recht für den Servitutenbesitz Rechtsmittel gibt, will er es bei denselben sein Bewenden behalten lassen, so daß die a. spolii nur auf die Rechte Anwendung finden soll, die nach römischem Recht keinen Besitzschutz hatten. Ueber die Frage, nach welchen Regeln die a. spolii in dem ihr darnach eingeräumten Gebiete behandelt werden soll, spricht sich Savigny dahin aus, daß lediglich die Analogie des römischen Rechts einen festen Boden geben könne. Die Klage müsse daher als eine consequente Fortbildung des römischen Rechts behandelt werden, freilich mit steter Rücksicht auf die Eigenthümlichkeit jedes einzelnen Rechtsinstitutes und das daraus hervorgehende besondere Bedürfniß.[1])

Restrictiver als Savigny bestimmt Heerwart die Grenzen der Besitzbarkeit der Rechte. Er erkennt Rechtsbesitz abgesehen von den Fällen des römischen Rechtes,[2]) dem Lehen und den der Emphyteuse ähnlichen Rechtsverhältnissen des deutschen Rechts nur an bei den mit dem Besitze von Grund und Boden verbundenen Rechten, so bei der Landeshoheit mit ihren Ausflüssen, und den Diöcesan- sowie den Parochialrechten, welche mit dem Besitze einer Kirche oder einer sonstigen unbeweglichen Sache zusammenhängen, — in welchen Fällen er den Rechtsbesitz mit den Rechtsmitteln des römischen Sachbesitzes geschützt wissen will, — ferner bei den Jurisdictions- und den nicht an eine gewisse Kirche geknüpften Parochialberechtigungen, — hier will er, wie schon Bartolus, die Analogie des interdictum de itinere oder die des i. de aqua zur Anwendung bringen, — und bei den Regalien, welche von Privatpersonen ausgeübt werden, — hier sollen, wenn die Ausübung mit dem Besitze eines Grundstücks verbunden ist, die Sachbesitzinterdicte, anderenfalls aber die speciellen

---

[1]) Besitz S. 504 ff. 517 ff.

[2]) Vgl. oben S. 383 Note 3.

Servituteninterdicte analoge Anwendung finden. Die Ausdehnung des Besitzbegriffs auf Zwangs- uud Bannrechte und auf Reallasten verwirft Heerwart, weil dafür weder ein Bedürfniß vorliege, noch eine Analogie in den römischen Anschauungen über den Besitz gefunden werden könne.[1])

Einen anderen Standpunkt, als die beiden vorgenannten Schriftsteller, nimmt Duncker ein. Derselbe will die deutschrechtliche Gewere für die Bestimmung der Grenzen der Besitzbarkeit nutzbar machen, indem er das Princip aufstellt, daß ein Quasibesitz durch die Ausübung aller Rechte begründet werde, an denen nach den Grundsätzen des germanischen Rechts eine rechte Gewere stattgefunden habe, oder welche, wie man sich jetzt ausdrücke, auf Grund und Boden radicirt seien. Als solche Rechte zählt er auf die Diöcesan- und Parochialrechte, das Recht der Concurrenz bei der Besetzung geistlicher Aemter und Pfründen, namentlich das Patronatrecht, das Electionsrecht, ferner die Staatsgewalt, so wie die einzelnen Hoheitsrechte, die Reallasten und die Bannrechte. Er meint, daß auch das canonische Recht nur dem Rechtsgedanken, welcher der rechten Gewere des germanischen Rechts zum Grunde liege, Ausdruck gegeben habe. Natürlich sieht er sich von diesem Standpunkte aus genöthigt zu bestreiten, daß es nach canonischem Rechte einen Besitz an dem Eherechte gebe. Die Rechtsmittel, welche Duncker auf den Rechtsbesitz in seiner Ausdehnung auf die der Gewere entsprechenden Rechte anwenden will, sind das i. uti possidetis und das i. unde vi, das letztere, wenn eine Entwerung vorliege. Die a. spolii ist ihm nur das i. unde vi in seiner Anwendung auf eigenthümlich deutsche Verhältnisse, die deutsche Form des Interdicts.[2])

Bruns gibt es auf, durch die Mittel der Rechtswissenschaft auf historischem Wege die Grenzen der Besitzbarkeit der Rechte festzustellen. Er hält, wie schon vor ihm Heerwart, ein Einschreiten der Gesetzgebung für dringend geboten, und empfiehlt für dieselbe, da auf historischem Wege, der immer die Wahl unter den verschiedenen, bei der Auffassung der Rechtsbegriffe möglichen Standpuncten lasse, ein befriedigendes Resultat nicht zu erreichen sei, die Inanspruchnahme der Hilfe der Rechtsphilosophie. Die Philosophie soll

[1]) Linde's Zeitschr. Bd. 12. IX. S. 290 bis 325.

[2]) Reyscher u. Wilda, Zeitschr. f. deutsches Recht Bd. 2 Heft 2 S. 26 ff.

frei und selbständig über allen verschiedenen positiven Rechten stehen, das Schwert der Kritik über sie schwingen, und das vernünftige Recht erobern. Von dem philosophischen Standpuncte aus, den er selbst einnimmt, unterscheidet Bruns für die Anwendung des Besitzbegriffs dingliche Rechte, Obligationenrechte und Personenrechte. In Ansehung der ersteren geht er davon aus, daß eine innere Gleichartigkeit des Sachenbesitzes und des Servitutenbesitzes insofern anzunehmen sei, als dort die volle factische Herrschaft über die Sache, hier die factische Möglichkeit, in einer bestimmten, beschränkten Weise auf die Sache einzuwirken, den Besitz ausmache. Von diesem Gesichtspuncte aus kommt er dahin, abgesehen von den Servituten bei allen dinglichen Nutzungsrechten, Emphyteuse, Superficies, Lehn, Erbpacht u. s. w., ferner beim Faustpfande die Möglichkeit des Besitzes anzunehmen, bei der Hypothek aber, da dies Recht nur eine einzige Ausübung, den Verkauf der Sache, habe und mit dieser aufhöre, den Besitz auszuschließen. Auch an Obligationenrechten hält er, da eine factische Herrschaft über einen verpflichteten Willen sehr wohl denkbar sei, den Besitz für möglich, wenn das Recht nicht mit der Ausübung erlösche, sondern ein dauerndes, auf wiederholte Leistungen gerichtetes Obligationsverhältniß, wie bei den Reallasten, vorliege. An Capitalzinsen, Miethzinsen u. dgl. ist der Besitz nach ihm ausgeschlossen, weil dabei jede Leistung eine selbständige Obligation bilde, an dem Benutzungsrecht des Commodatars und des Miethers, weil hier die Benutzung der Sache nicht die fortdauernde Ausübung einer Obligation, sondern die stets sich erneuernde Ausübung einer stets sich erneuernden Obligation sei. Auf die Personenrechte hält er den Besitzbegriff für anwendbar, weil auch bei diesen eine dem Rechte entsprechende factische Möglichkeit der beliebigen Ausübung der personenrechtlichen Herrschaft über sich oder über Andere sich denken lasse. Man habe, meint Bruns, zunächst die Herrschaft über sich, und dann die gegen Andere, ihr Genosse zu sein, entweder nebengeordneter oder übergeordneter, als Hausvater, Regent, Guts- oder Gerichtsherr, Bischof u. s. w. Dieser Besitz sei zwar kein Besitz, wie der an Sachen, Servituten, Obligationen. Doch sei ein dem Rechte entsprechendes factisches Dasein einer bestimmten personenrechtlichen Stellung möglich, und damit sei der Begriff eines Besitzes der Personenrechte entschieden. [1])

[1]) Besitz S. 475—485. 495 ff.

§ 92. b. Die Praxis des gemeinen Rechts.

Unter den Rechten, welche die im vorigen § erwähnten Schriftsteller für besitzbar erklären, sind einige, für welche die Frage der rechtlichen Möglichkeit eines possessorischen Schutzes kein praktisches Interesse mehr hat. Landesherrn und Bischöfe, die im Mittelalter von den Besitzklagen häufigen Gebrauch machten, werden schwerlich mehr behufs des Schutzes oder der Wiedererlangung ihrer Gewalt ein possessorisches Rechtsmittel zur Hand nehmen. Doch wird hier noch insofern von einer Anwendung des Besitzbegriffs die Rede sein können, als bei einem Streite über die Grenzen des Staatsgebiets oder der Diöcese die Unvordenklichkeit des Besitzstandes in Betracht kommen mag. Solchergestalt hat das O. A. G. Jena am 10. Januar 1856 erkannt, daß die Wirksamkeit des unvordenklichen Besitzstandes zur Begründung der Landeshoheit sowohl im Allgemeinen, als insbesondere zur Zeit des deutschen Reichs anerkannt gewesen, und auch nach Auflösung des Reichs namentlich bei Hoheitsstreitigkeiten über Gebietstheile zwischen den souveränen deutschen Staaten noch von der früheren rechtlichen Bedeutung sei. [1])

Daß niedere Hoheitsrechte für Private Objecte des Besitzes sein können, ist in der Praxis anerkannt. Aus einem unvordenklichen Besitzstande folgt auch hier das Vorhandensein des Rechts selbst. [2]) Von einem possessorischen Schutze in Ansehung dieser Rechte aber ist mir aus der neueren Praxis kein Beispiel bekannt. Die alte Lehre, daß die quasi possessio der fraglichen Rechte, um auf Schutz Anspruch zu haben, durch Angabe des Titels colorirt, und daß Mangels eines Titels ein langer Besitzstand dargethan werden müsse [3]), scheint, nachdem in neuerer Zeit der Titel des Besitzes und das Alter des Besitzstandes ihre Bedeutung für den Besitzproceß verloren haben, die Nachwirkung zu äußern, daß für die gedachten Rechte der possessorische Schutz überhaupt nicht mehr in Anspruch genommen wird. Nach Höpfner wurde der Besitz an Regalien nach königlich sächsischem Rechte nicht durch das possessorium summariissimum, sondern nur durch das p. ordinarium geschützt, das

---

[1]) S. A. Bd. 11 Nro. 5 u. 12.

[2]) Pfeiffer, prakt. Erörter. Bd. 7 VIII. S. 248 f. (Jagdgerechtigkeit, Schäfereigerechtigkeit) S. 278 (Theilnahmerecht an Forstrügestrafgeldern.)

[3]) Vgl. oben S. 174.

letztere aber erforderte einen zehn Jahre alten Besitzstand.[1]) Das Gesetzbuch für das Königreich Sachsen hat dieser Praxis ein Ende gemacht.

Die Besitzbarkeit der auf die Besetzung geistlicher Aemter sich beziehenden Rechte und die Zulässigkeit des possessorischen Schutzes in Ansehung derartiger Rechte unterliegt keinem Zweifel.[2]) Eine erweiterte Ausdehnung hat der Besitzbegriff in dem Urtheil des O. A. G. Darmstadt vom 20. September 1848 erhalten. Einer Kirchengemeinde wird in demselben Schutz im Besitze des angeblichen Rechtes gegeben, durch einen eigenen Geistlichen den öffentlichen Gottesdienst versehen zu lassen und die jährliche Leistung des den jeweiligen Lebens- und Standesbedürfnissen des Geistlichen entsprechenden Unterhaltes von einem Dritten zu fordern. Es wird gesagt, die Zulässigkeit einer derartigen Besitzklage sei nach den Erweiterungen, welche der engere römische Begriff der possessio durch das canonische Recht und die Praxis erhalten habe, nicht zweifelhaft.[3])

Ein Fall der Annahme der Besitzbarkeit eines Amtes ist mir aus der neueren Praxis nicht bekannt. Wohl aber gilt das Recht auf Gehaltsbezüge und auf das Diensteinkommen überhaupt als Object der quasi possessio und des possessorischen Schutzes. Ein Urtheil des Ob.-Trib. zu Stuttgart vom 7. December 1853 motivirt den einer Pfarrei dem zur Besoldung des Pfarrers angeblich verpflichteten Stiftungsrathe gegenüber gegebenen Schutz im Besitze von Besoldungstheilen damit, daß die letzteren als Gegenstand einer Reallast dargestellt werden, welche auf dem Zehentrechte, das dem Stiftungsrath zustehe, hafte. Dabei wird ausgeführt, daß wenigstens nach einem entschiedenen Gerichtsgebrauch die mit dem Besitz von Liegenschaften oder diesen gleichgeachteten Rechten, namentlich einem Zehentrechte, verbundenen Ver-

[1]) Besitzrechtsmittel S. 95 ff. — Claproth, Einl. in sämmtl. summ. Proc. § 32, bemerkt über die vorliegende Frage: „Weil nun so seichte über den Besitz verfahren wird, so hat dieses Rechtsmittel wider den Landesherrn in Ansehung der Hoheitsrechte und anderer Sachen, die der Regel nach von einem Unterthanen nicht besessen werden können, und bei einer öffentlichen Anlage (opus publicum) nicht statt." — Postius, tract. de manut. observ. 18 Nro. 48, gab das Summariissimum auch in Ansehung der Regalien, aber nur bei einem zehnjährigen Besitzstande.

[2]) U. des O. A. G. Jena v. 4. Sept. 1817, S. A. Bd. 8 Nro. 232.

[3]) S. A. Bd. 8 Nro. 14.

pflichtungen und die denselben entsprechenden Rechte als dingliche zu betrachten und zu behandeln seien, daher einen Gegenstand des Quasibesitzes und der zu dessen Schutze eingeführten Rechtsmittel bilden.[1]) Auch in der Praxis des vorm. O. A. G. Cassel ist Quasibesitz an Gehaltsbezügen der Kirchen- und der Staatsbeamten anerkannt, wobei davon ausgegangen wird, daß den Beamten ein quasidingliches Recht am Kirchen- und beziehungsweise Staatsvermögen zustehe. In einem Urtheile vom 1. September 1841 hat derselbe Gerichtshof den possessorischen Schutz auch wegen Entziehung des übertragenen unständigen Diensteinkommens eines Staatsdieners für zulässig erachtet und ausgesprochen, daß der Quasibesitz, den das canonische Recht dem Pfründner an den Einkünften der ihm übertragenen Pfründe beilege, durch den Gerichtsgebrauch auf die Stellen der Staatsdiener übertragen worden sei, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob solche Einkünfte aus einer bestimmten Sache bezogen werden.[2]) Ebenso wird in einem Urtheile des O. A. G. Darmstadt vom 3. November 1852 bezeugt, daß schon in vielen an das Tribunal erwachsenen Fällen der Besitzschutz nicht blos bei eigentlichen dinglichen Rechten, sondern auch bei Gehaltsentziehungen, gleichviel ob es sich von einem Staats- oder einem anderen öffentlichen Amte, ja von einem standesherrlichen Dienste handele, gegeben worden sei.[3]) Dagegen wird der possessorische Schutz auf die Gehaltsbezüge von Privatbeamten, zu denen auch die Hofdiener gezählt werden, nicht ausgedehnt, auch dann nicht, wenn der Dienstvertrag auf die Lebenszeit des Dieners eingegangen ist.[4])

Daß ausschließliche Gewerbeberechtigungen, Zwangsrechte und Bannrechte besitzbar sind und Objecte des Besitzschutzes sein können, ist unbestritten. Die neuere Gesetzgebung hat derartigen Rechten nur geringen Raum übrig gelassen.

Gleich wenig bestritten ist, daß an dem der Reallast correspondirenden Recht Besitz stattfindet, der auf possessorischen Schutz Anspruch hat.

Bemerkenswerth ist die Stellung der gemeinrechtlichen Praxis

---

[1]) S. A. Bd. 7 Nro. 43.
[2]) S. A. Bd. 1 Nro. 61, Bd. 3 Nro. 99.
[3]) S. A. Bd. 18. Nro. 32.
[4]) S. A. Bd. 3 Nro. 99.

zur Frage der Besitzbarkeit derjenigen Rechte, bei denen eine Gemeinde oder eine bestimmte Klasse der Mitglieder einer Gemeinde als verpflichtetes Subject angesprochen wird. In dem Urtheile des vorm. O.A.G. Cassel vom 19. Mai 1840 wird eine aus dem schutzherrlichen Verhältniß des Landesherrn zu einer Dorfgemeinde herrührende, nicht zu den Landessteuern zu rechnende Pflicht zur jährlichen Reichniß einer von der Gemeinde aus Beiträgen der einzelnen Mitglieder im Ganzen zu leistende Abgabe für eine Reallast und deshalb für besitzbar erklärt, wobei das Gericht ausführt, daß eine Reallast nicht blos Güter und Grundstücke, sondern auch die Einwohner eines Bezirks oder einer Ortschaft als solche belasten könne.[1]) Ein Urtheil der Juristenfacultät Jena aus dem Jahre 1839 motivirt die Besitzbarkeit einer aus gewissen alten, seitens der Eingesessenen eines Gerichtsbezirks zu entrichten gewesenen Gefällen in feststehende Gemeindeabgaben umgewandelte Last, welche die Gemeinde theils von ihrem Gemeindevermögen, theils von den Beiträgen der Gemeindemitglieder und deren Grundbesitz zu entrichten übernommen, damit, daß eine solche Last als eine auf dem ganzen Complexe des Grundbesitzes sowohl der Gemeinde als auch der Einzelnen radicirte Reallast bezeichnet wird.[2]) In anderen Urtheilen werden dergleichen Gemeindelasten ohne den Versuch, sie als Reallasten zu construiren, für besitzbar erklärt. So in dem bei der Juristenfacultät zu Göttingen eingeholten Urtheile des O.A.G. Jena vom 4. Juli 1849 unter Bezugnahme auf das canonische Recht, das auch an nicht auf einem bestimmten Grundstücke radicirten Rechten, wie an Hoheitsrechten, Besitz zulasse, auf das deutsche Recht, nach welchem Rechte der fraglichen Art Objecte der rechten Gewere sein können, und auf Reichsgesetze, nämlich die goldene Bulle cap. 10 und 22, den Reichsabschied v. 1548 §§ 59. 62. und das iustrum. pac. Osnabr. Art. 5 §§ 46 bis 48.[3]) Durch den Hinweis auf die Ausdehnung, welche der Begriff der quasi possessio in Folge der aus der Staats- und Kirchenverfassung erwachsenen Institute durch das canonische Recht und die Reichsgesetze gewonnen, begründet auch das O.A.G. Darmstadt in dem Urtheile vom 12. December 1837 die Besitzbarkeit des Namens der Schule einer Stadt in Anspruch genommenen Rechtes, von zwei

[1]) S.A. Bd. 6 Nro. 232.
[2]) S.A. Bd. 16 Nro. 175.
[3]) S.A. Bd. 19 Nro. 151.

der Stadt benachbarten Dorfgemeinden Schulreichnisse in der Art zu fordern, daß alle Einwohner der beiden Gemeinden, welche Kinder in die Schule schicken, bestimmte Beiträge zahlen.[1]) Dasselbe Gericht erklärt in dem Urtheile vom 20. November 1855 das Recht einer Pfarre an der von einer Gemeinde zu entrichtenden, an Stelle des Blutzehnten getretenen jährlichen Rente, die von den im Pfarrsprengel wohnenden Personen, sobald und so lange sie Schafe halten, aufgebracht werden soll, für besitzbar und bezeugt, daß von ihm in einer Reihe von Fällen Besitz oder ein dem Besitze ähnliches und zu gleichem Schutze, wie dieser, berechtigendes Verhältniß da angenommen worden sei, wo ein an sich nicht reales Recht einen gewissen dauernden generellen Charakter habe, und jeder einem gewissen Verhältnisse Angehörende hierdurch allein dem Rechte dienstbar werde.[2]) Denselben Standpunkt nimmt das O. A. G. Jena in dem Urtheile vom 1. April 1830 ein, in welchem das Recht, die nicht mit Spannwerk versehenen Einwohner einschließlich der zur Miethe wohnenden Häuslinge zum Herausziehen und Aufstellen geflößten Holzes anzuhalten, für besitzbar erklärt wird, und in dem Urtheile vom 27. October 1853, in welchem gesagt wird, Verpflichtungen juristischer Personen — es handelt sich um den durch eine Dorfgemeinde aufzubringenden Zins von bestimmten, im Privateigenthum einzelner Gemeindemitglieder befindlichen Grundstücken — seien zwar keine Reallasten in dem mit dem Worte gewöhnlich verbundenen Sinn, es wohne ihnen aber ein realer Charakter insofern bei, als sie fortdauernd seien, und darum könne auch Besitz an ihnen stattfinden.[3]) Einen verwirrenden Reichthum an Gründen enthält ein Urtheil des O. A. G. Dresden vom 19. December 1861, welches entgegen den Vorinstanzen die Möglichkeit der erwerbenden Verjährung des von einer Bogenschützengesellschaft angesprochenen Rechtes annimmt, den Aufwand für eine neue Vogelstange von der Stadtgemeinde zu fordern. Es wird ausgeführt, das canonische Recht habe die Quasipossessio auf persönliche Rechte ausgedehnt; wenn die Mehrzahl der Schriftsteller den Quasibesitz auf Forderungsrechte nicht extendire, so geschehe es aus Gründen, die man der Natur der durch einmalige Ausübung erschöpften Rechte entnehme; eine

---

[1]) S. A. Bd. 9 Nro. 126.

[2]) S. A. Bd. 12 Nro. 340, Bd. 19 Nro. 55.

[3]) S. A. Bd. 7 Nro. 5, Nro. 269.

Gewere werde bei Rechten geschützt, die einen ewigen Charakter haben, nämlich entweder mit Grund und Boden zusammenhängen oder juristischen Personen zustehen; die sächsische Praxis lasse für Forderungsrechte, die wegen der besonderen Natur der Persönlichkeit des Berechtigten oder Verpflichteten und der Art der Leistung eine, so zu sagen, regelmäßige, wenn auch durch das Bedürfniß ungleich gestaltete Wiederkehr annehmen lasse, eine Art erwerbender Verjährung zu, die auch bei Bannrechten, Innungsbefugnissen und anderen Rechten unabhängig vom Grundbesitze zwischen Corporationen, Zünften und Klassen von Einwohnern stattfinde.[1] In ähnlicher Weise hat das vorm. O.A.G. Cassel das vom Staat auf Grund unvordenklicher Verjährung angesprochene Recht auf die Ablieferung der Zungen des von unzünftigen Schlächtern eines gewissen Ortes geschlachteten Rindviehes für besitzbar erklärt.[2] Dagegen hat das Ober-Tribunal in Stuttgart diejenigen gutsherrlichen Gefälle, welche von persönlichen Eigenschaften der Einwohner eines gutsherrlichen Bezirks abhängen, wie Judenschutzgelder, welche jeder einzelne im Gutsbezirke wohnende Jude an den Gutsherrn zu leisten habe, als nicht geeignet zum Objecte einer quasi possessio angesehen.[3]

Die vorgedachten Rechte, auf welche die heutige Praxis den Besitzbegriff anwendet, sind abgesehen von dem Rechte der Beamten auf Gehaltsbezüge und auf das Diensteinkommen solche, deren Entstehung regelmäßig in eine dunkle Vergangenheit zurückreicht, bei denen der Beweis des Rechtsgeschäfts, durch welches das Recht erworben worden, meist schwer, oft auch gar nicht zu führen ist, und deren Ausübung in der Regel das Einzige ist, was der angeblich Berechtigte beweisen kann. In Ansehung derartiger Rechte wird eine Anwendung des Besitzbegriffs in der Weise, daß entweder aus einem seit unvordenklicher Zeit vorhandenen Besitzstande auf die Existenz des Rechtes geschlossen oder ein Erwerb des Rechtes bei Ausübungsacten, welche den für die römische Servitutenpräscription erforderlichen entsprechen, angenommen wird, und daß ferner der vorhandene Besitzstand possessorischen Schutz erhält, durch die angedeuteten praktischen Rücksichten erklärt. In Ansehung des Rechts auf das Diensteinkommen

---

[1]) S. A. Bd. 16 Nro. 5.

[2]) Pfeiffer, prakt. Erört. Bd. 7 S. 266.

[3]) S. A. Bd. 1 Nro. 123.

walten solche Rücksichten nicht ob. Der Beamte wird sein durch die Anstellung begründetes Recht auf das Diensteinkommen in derselben Zeit liquide zu machen im Stande sein, die er nöthig hat, um die Rechtsausübung, auf die er den Anspruch auf possessorischen Schutz gründet, darzuthun. Die Zulassung des Besitzschutzes hat hier in der Erwägung ihren Grund, daß dem Beamten das Diensteinkommen, das er bisher gehabt, nicht ohne vorangegangene rechtliche Entscheidung der Frage, ob ihm dasselbe fortzugewähren, entzogen werden soll. Der Grund der Zulassung des Besitzschutzes ist ein ähnlicher, wie beim Ehebesitze. Bei dem letzteren beruht die Bedeutung des Possessoriums darauf, daß ein Ehegatte das eheliche Zusammenleben so lange fortsetzen soll, bis über das Recht zum Getrenntleben entschieden ist. Aber das Possessorium wird für den Beamten durch geeignete gesetzliche Regulirung der Garantien, auf die er zu stellen ist, ebenso entbehrlich, wie in Ansehung der ehelichen Rechte durch sachgemäße Normen, welche den Schutz des Rechts der Ehegatten auf das eheliche Zusammenleben regeln.

Uebrigens ist die Anwendung des Besitzbegriffs auf die Eherechte aus der Praxis noch nicht völlig verschwunden. Das O. A. G. Darmstadt hat in dem Urtheile vom 11. Juni 1845 die einer Ehescheidungsklage entgegengesetzte, auf die Behauptung, daß die klagende Ehefrau ihren Mann heimlich verlassen, gegründete exceptio spolii, vermöge deren der Ehemann das Recht des nullatenus respondere angesprochen, zugelassen. Dasselbe Gericht hat in dem Urtheile vom 11. Mai 1859 die actio spolii des Ehemannes gegen die Ehefrau, die sich wider seinen Willen von ihm getrennt gehabt, für begründet erkannt. In beiden Fällen ist jedoch die angebliche Spoliantin mit der behufs Elidirung des Spoliums im ersteren Falle als Replik, im anderen als Einrede aufgestellten Behauptung, daß ein rechtlicher Grund zur Verweigerung der Rückkehr, nämlich die Verübung von Sävitien durch den Ehemann, ihr zur Seite stehe, gehört worden.[1]) Materiell ist gegen diese Entscheidungen nichts zu sagen. Aber heutiges Tages sollte in Fällen, wie die angegebenen, das Recht nicht mehr in Formen gesucht und gesprochen werden, welche den Sätzen des materiellen Rechtes, die in ihnen Ausdruck finden, offenbar nicht adäquat sind. Die fraglichen Rechts-

[1]) Archiv f. prakt. Rechtsw. Bd. 8. S. 176 ff. 180 ff.

sätze bedürfen der Formen, welche das canonische Recht ihnen gegeben hat, um sie in die Praxis einzuführen, nicht mehr.

Derselbe Gerichtshof, der Inhalts der allegirten Urtheile die gegenseitigen Rechte der Ehegatten als Besitzobjecte ansieht, hat in dem Urtheile vom 21. Januar 1851 ausgesprochen, daß in die Kategorie der besitzbaren Rechte die „iura status oder Familienrechte“, namentlich aber die väterliche Gewalt, zu setzen seien.[1])

Andere höchste Gerichtshöfe lehnen die Besitzbarkeit dieser „Rechte“ ab. Insbesondere haben in Bezug auf das Kindschaftsverhältniß die Ober-Tribunale in Berlin und in Stuttgart ausgesprochen, daß das thatsächliche Verhältniß, welches vorliege, wenn eine Person von demjenigen, für dessen eheliches Kind sie sich ausgebe, wie ein eheliches Kind erzogen und gehalten worden sei, nicht als Besitz im rechtlichen Sinne angesehen werden könne, wenn schon daraus eine durch Gegenbeweis zu widerlegende Vermuthung zu Gunsten der ehelichen Kindschaft sich ergebe.[2])

Aus der bisherigen Darstellung der heutigen Praxis geht hervor, daß der Rechtsbesitz aus einer Reihe von Positionen, die er früher inne gehabt, gewichen ist, und daß er im Wesentlichen nur noch da festgehalten wird, wo die Verfolgung des Rechts selbst durch Klage wegen der Schwierigkeit des Beweises des Rechtserwerbes daneben die Zulassung eines auf den Beweis der Rechtsausübung gestellten gerichtlichen Schutzes erfordert. Indeß ist dieser Gang der Rechtsentwickelung nicht consequent inne gehalten worden. Ein in letzter Instanz abgegebenes Urtheil des Obergerichts Wolfenbüttel vom 1. April 1864 führt aus, daß, wenn gesetzlich, wie im Herzogthum Braunschweig, vorgeschrieben sei, daß Grundeigenthümer, die weniger als 300 Morgen in zusammenhängender Fläche besitzen, ihr Jagdrecht nur gemeinschaftlich durch Verpachtung oder Administration interessentschaftsweise nutzen sollen, die Interessentschaft selbst bei Störung der Jagdausübung des Administrators oder Pächters auf Besitzschutz Anspruch habe. Die Rechtsausübung trete als Ganzes in die Erscheinung, sei als Ganzes der Störung ausgesetzt, und die Störung könne also auch den Besitz treffen, der durch den Administrator oder Pächter als Organ der Interessentschaft ausgeübt

---

[1]) S. A. Bd. 4. Nro. 120.

[2]) U. des Ob. Trib. in Berlin vom 26. Juni 1848 S. A. Bd. 3 Nro. 299, U. des Ob. Trib. in Stuttgart vom 7. 13. Juli 1858 S. A. Bd. 12 Nr. 244.

werde.[1]) Das Urtheil experimentirt mit der Ausdehnung des Besitzbegriffs auf ein Recht, das in seiner gegenwärtigen Gestaltung der früheren Zeit unbekannt gewesen ist, in ähnlicher Weise, wie man im Mittelalter mit der Ausdehnung des römischen Besitzes auf die germanischen Rechte experimentirt hat. Aber es möchte ein Bedürfniß schwerlich anzuerkennen sein, den Rechtsbesitz durch seine Ausdehnung auf das in Rede stehende Recht eine neue Position gewinnen zu lassen.

Die Rechtsmittel zum Schutze des Rechtsbesitzes sind die Spolienklage, das interdictum uti possidetis und das possessorium summariissimum. Der alte Streit, ob mit der Weigerung der Fortentrichtung einer Reallast der Besitzverlust eintrete, so daß nur die a. spolii begründet sei, oder ob in der Weigerung eine Störung des Besitzes liege, ist noch nicht ausgetragen; aber er ist ohne praktische Bedeutung. So hat das O. A. G. Jena den einer Besitzklage auf Fortentrichtung einer Grundabgabe entgegengesetzten Einwand, daß der Besitz durch Weigerung der Fortentrichtung verloren sei, verworfen, indem es — mit Savigny — ausführt, daß bei Gerechtigkeiten, wie die fragliche, Störung und Aufhebung des Besitzes sich nicht so scharf scheiden lasse, wie bei dem Eigenthum und den persönlichen Servituten, daß aber, wenn man die Klage als i. uti possidetis nicht zulassen wollte, ihre Zulässigkeit als a. spolii unbedenklich sein würde; — und die Juristen-Facultät in Erlangen hat das i. uti possidetis bei Verweigerung der Fortentrichtung einer Reallast, weil mit solcher Weigerung der Besitz verloren sei, zwar für unstattnehmig, die erhobene Besitzklage aber aus dem Gesichtspuncte der a. spolii für begründet erkannt. In ähnlicher Weise schwankt die Praxis in Ansehung anderer Rechte, indem die wegen Hinderung der Rechtsausübung oder Verweigerung der Leistung erhobene Besitzklage bald als i. uti possidetis, bald als Spolienklage, bald als Summariissimum bezeichnet und beurtheilt, bald ohne alle Bezeichnung gelassen wird. Das O. A. G. München hat selbst bei bloßem Streit über den Besitz die Besitzklage in Ansehung einer Schäfereigerechtigkeit zugelassen.[2])

Die speciellen Servituteninterdicte des römischen Rechts haben ihre Bedeutung im Wesentlichen verloren. Insbesondere gilt dies von der dreißigtägigen Rechtsausübung beim i. de itinere, via, actu.

[1]) S. A. B. 19 Nro. 11.

[2]) S. A. Bd. 5 Nro. 173, Bd. 18 Nro. 250, Bd. 17 Nro. 45.

Die Spolienklage und das Summariissimum, die sich doch nach der alten Lehre ausschließen sollen, werden promiscue angewendet und für begründet erkannt.[1] Selbst das i. uti possidetis wird als utile zum Schutze des Besitzes an Wegerechten bei blos einmaliger Ausübung des Rechts gegeben. Das vorm. O. A. G. Cassel führt dabei aus, daß das i. uti possidetis wenigstens dann statthaft sei, wenn ein dreißigtägiger usus iuris dem Zwecke der Servitut nicht entspreche oder die Beschaffenheit der streitigen Gerechtigkeit eine so häufige Ausübung nicht zulasse,[2] und das O. A. G. Lübeck argumentirt damit, daß kein innerer Grund vorhanden sei, den durch die deutsche Praxis allen den Servituten, für welche im römischen Recht keine besonderen Interdicte eingeführt seien, durch ein i. uti possidetis utile gewährten Schutz nicht auch da zu gewähren, wo eine Dienstbarkeit nach römischem Recht nur in einer gewissen Art und Ausdehnung der Ausübung sich dieses Schutzes erfreue, sonst aber desselben ermangele.[3]

§ 93. Die zukünftige Rechtsgestaltung.

Wird das preußische Grundbuchrecht zu gemeinem deutschen Recht erhoben, so geht dem Rechtsbesitz wiederum ein Theil derjenigen Positionen verloren, die er bisher noch inne gehabt hat.

Dingliche Rechte an Grundstücken, welche auf einem privatrechtlichen Titel beruhen, können nach § 12 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke nur durch Eintragung begründet werden. Damit ist die Ersitzung als Erwerbsgrund derartiger Rechte ausgeschlossen. Auch fällt das Bedürfniß einer besonderen Besitzklage mit Rücksicht darauf weg, daß die Klage zum Schutz des Rechts selbst durch den Inhalt des Grundbuchs jeder Zeit liquide gemacht werden kann.

---

[1] U. des O. A. G. Jena v. 22. Jan. 1829, S. A. Bd. 6 Nro. 291 und U. des vorm. O. A. G. Kiel v. 12. Aug. 1837, S. A. Bd. 12 Nro. 107, worin das Summariissimum, und U. des vorm. O. A. G. Kiel v. 29. Aug. 1838, S. A. Bd. 7 Nro. 182, worin die Spolienklage zum Schutz der Ausübung einer Wegegerechtigkeit für begründet erkannt wird.

[2] U. vom J. 1860, S. A. Bd. 16 Nro. 221. Der Besitzschutz wurde Mangels dreißigtägiger Ausübung versagt, weil die Sachlage nicht derartig war, daß eine so häufige Ausübnng nach der Natur der Wegegerechtigkeit im concreten Falle nicht anzunehmen stände.

[3] U. v. 20. März 1853, S. A. Bd. 22 Nro. 46. Aehnlich das Ob. Trib. in Berlin (6. Senat) in dem U. v. 17. Oct. 1874, S. A. Bd. 30 Nro. 123.

Keiner Eintragung bedürfen von den dinglichen Rechten, bei denen die Besitzbarkeit in Frage kommt, die Grundgerechtigkeiten, die Miethe und Pacht und diejenigen Gebrauchs- und Nutzungsrechte, welche nach §§ 8. 142. des allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 im Wege des Zwangsverfahrens erworben werden können. Es sind dies das Recht zu schürfen und das Recht des Bergbautreibenden auf vorübergehende Grundabtretung behufs des Betriebes des Bergbaues.

In Ansehung der Grundgerechtigkeiten wird die Ersitzung nach wie vor als Rechtsbedürfniß anzuerkennen sein. Auch scheinen mir die Schranken, welche das französische Recht der Ersitzung zieht, indem es dieselbe nur für die servitudes apparentes et continues zuläßt, verworfen werden zu müssen, wenn auch anerkannt werden kann, daß der Ersitzungsbeweis bei discontinuirlichen Servituten nicht selten ein Resultat gibt, welches dem materiellen Recht nicht entspricht. Bei der Duldung bestimmter Handlungen aus freundschaftlicher oder nachbarlicher Gefälligkeit sind Zeugen häufig nur in der Lage, die Vornahme der Handlungen zu bekunden, ohne das Motiv der Duldung zu kennen. Die Handlungen treten äußerlich hervor, das Motiv entzieht sich dem Offenbarwerden, und der aus der Vornahme der Handlungen auf den Willen der Rechtsausübung zu machende Schluß liegt, wenn kein Umstand ermittelt ist, der jenen Willen ausschließt, nahe genug, wie wenig sicher er auch sein mag.[1]) Dieser Erwägung aber steht die andere gegenüber, daß da, wo eine Servitut durch Vertrag begründet ist, der Beweis des Vertragsschlusses mit jeder Besitzveränderung, zumal wenn keine Urkunde auf-

---

[1]) Jeder Praktiker kennt die Unsicherheit des Zeugenbeweises bei dem Streit über den Verjährungserwerb discontinuirlicher Servituten. Das pr. Recht wollte durch die aus der l. 7 de itin. hergenommene Bestimmung im § 14 A. L. R. I. 22., nach welcher der Besitzer des pr. dom. besonders nachweisen soll, daß er die streitige Befugniß als ein wirkliches Recht und nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung in Besitz genommen habe, dagegen Vorsorge treffen. Die Bestimmung hat eine lebhafte Controverse veranlaßt, die durch den Plen. Beschl. des Ob. Trib. v. 27. Aug. 1838 (Entsch. Bd. 4 S. 169) dahin Erledigung gefunden hat, daß die Vorschrift keine Abweichung von den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über den Besitz und die Verjährung von Rechten enthalten soll. Der Plen. Beschl. trifft das Richtige. Wollte man die Vorschrift anders verstehen, so würde die vom Gesetz zugelassene Servitutenverjährung bei discontinuirlichen Servituten wenigstens in den meisten Fällen illusorisch sein.

genommen oder die Urkunde verloren gegangen ist und nicht mehr wieder hergestellt werden kann, schwieriger wird, der Berechtigte also in vielen Fällen die Ersitzung zu Hilfe nehmen muß, um den Nachweis seines Rechts zu führen. Man hat also nur die Wahl, die Ersitzung der discontinuirlichen Servituten auszuschließen auf die Gefahr hin, daß damit der Rechtsschutz für die vertragsmäßig begründeten Servituten unsicher wird, oder die Ersitzung zuzulassen auf die andere Gefahr hin, daß der Ersitzungsbeweis in einzelnen Fällen für erbracht erkannt wird, wo die Vornahme der fraglichen Handlungen nur aus freundschaftlichen oder nachbarlichen Rücksichten geduldet worden ist. Die Entscheidung scheint mir zu Gunsten der Festhaltung der Ersitzung getroffen werden zu müssen.

Das Bedürfniß einer possessorischen Klage für Servituten möchte indeß nicht anzuerkennen sein. Wer in der Ausübung einer Servitut gestört wird, mag die confessorische Klage anstellen und, wenn besondere Nachtheile aus der fortgesetzten Störung zu erwarten sind, eine einstweilige Verfügung, durch welche diesen Nachtheilen begegnet wird, nachsuchen. Eine eigentliche possessorische Klage zum Schutze des jüngsten Besitzes, welcher Klage regelmäßig, wenn sie ohne Erfolg bleibt, die confessorische Klage folgt, und die, wenn sie Erfolg hat, die negatorische Klage der Gegenpartei nach sich zieht, wird, wie ich glaube, wohl jeder Praktiker für einen unnützen Luxus halten. Um den Ersitzungsbeweis zu führen, bedarf es in der Regel nur einiger Zeugen mehr, als wenn der Beweis des jüngsten Besitzstandes zu erbringen ist.

Das Recht des Miethers und Pächters ist nach preußischem Recht ein dingliches, gegen Dritte wirksames Recht. In Verbindung mit dem dinglichen Recht des Miethers und Pächters steht der possessorische Schutz, auf den derselbe Anspruch hat. Auch andere Particular- und Statutarrechte, wie das lübische, geben dem Miether und Pächter Befugnisse, welche über das contractliche Verhältniß zum Vermiether und Verpächter hinausgehen. Das Bedürfniß eines possessorischen Schutzes für den Miether und Pächter wird auch da anerkannt, wo das Recht des Miethers und Pächters kein dingliches ist, so abgesehen von Oesterreich im Gesetzbuch für das Königreich Sachsen. Die in Rede stehende Rechtsauffassung ist, im landrechtlichen Preußen wenigstens, so in Fleisch und Blut übergegangen, daß eine Beschränkung des Miethers und Pächters auf das obliga-

torische Verhältniß zum Vermiether und Verpächter unmöglich mehr Raum gewinnen kann. Eine andere Frage ist die, ob dem Miether und Pächter possessorische Rechtsmittel zu geben sind. Gegen den Vermiether und Verpächter braucht er sie nicht, weil er hier die Vertragsklage hat. Dritten gegenüber hat er sie ebensowenig nöthig, wenn ihm ein gegen Dritte wirksames, dingliches Recht zuerkannt wird.

Was vom Recht des Miethers und Pächters gesagt ist, gilt auch von den oben erwähnten Rechten des Bergbautreibenden.

Daß in Ansehung der Mobilien mit der Stellung des Rechtsschutzes auf den Besitz sowohl Ersitzung als auch Besitzschutz wegfallen muß, habe ich schon bemerkt.

In Ansehung derjenigen Rechte, deren Object keine körperliche Sache ist, kann die Besitzbarkeit nur in Frage kommen, wenn das Recht sich nicht durch Ausübung verzehrt, sondern die Gewähr der Dauer in sich trägt.

Entspräche die Ausdehnung des Besitzes auf diese Rechte der Rechtsconsequenz in der Art, daß in solcher Ausdehnung eine gedankenmäßige Fortbildung des Besitzbegriffs gefunden werden könnte, so würde die Frage entstehen, ob, wenn gleich von den bisherigen Rechtswirkungen des Besitzes in Beziehung auf körperliche Sachen, dem Besitzschutz und der Ersitzung, in Folge der Veränderung des sachenrechtlichen Schutzes nicht mehr viel übrig bliebe, nicht wenigstens der Rechtsbesitz in Ansehung derjenigen Rechte, welche von jener Veränderung des sachenrechtlichen Schutzes nicht betroffen würden, seine Rechtswirkungen beibehalten müßte. Aber schon die erste Frage, ob die Ausdehnung des Besitzes auf Rechte, die keine Beziehung auf körperliche Sachen haben, in der Rechtsconsequenz begründet sei, scheint mir verneint werden zu müssen. Wir erhalten mit solcher Ausdehnung einen Besitz ohne Gegenstand.

Es ist zunächst klar, daß sich die fragliche Ausdehnung des Besitzes nicht an den Sachbesitz, sondern an die quasi possessio der Servituten anzuschließen haben würde. Daß das Object des Servitutenbesitzes nicht das Recht der Servitut ist, versteht sich von selbst. Nur der Rechtsstoff der Servitut könnte als Object in Frage kommen. Im § 84 aber habe ich gezeigt, daß die Idee des Besitzes an einem Rechtsstoff der Servitut eine Unwahrheit ist. Nur die Sache, die als res serviens angesprochen wird, läßt sich als Object der quasi possessio ansehen. Freilich tritt bei discontinuirlichen Servituten

die Beziehung der Person auf die Sache nicht dauernd zu Tage. Daher gilt von ihnen vorzugsweise das: usus iuris pro possessione est. Aber die Beziehung der Person zur Sache tritt wenigstens in der Ausübungshandlung, dem usus, hervor, und die Sache ist wenigstens insoweit Gegenstand der possessio. Wo hat man nun das Object der possessio zu suchen bei Ausdehnung derselben auf Rechte, die keine körperliche Sache zum Object haben? Ein solches Object ist nur construirbar, wenn man von der verkehrten Idee eines Besitzes am Rechtsstoff der Servitut ausgeht.

Mit dieser Erkenntniß ist noch nicht die Anforderung gegeben, die Ausdehnung des Besitzes über die Beziehung auf körperliche Sachen hinaus zu verwerfen. Die Rechtssätze, welche durch die fragliche Ausdehnung bedingt sind, sollen nur keine privilegirte Stellung innerhalb der Rechtsconsequenz haben. Ständen sie unbestritten fest und wäre die Bedürfnißfrage zu bejahen, so würde man sich dabei zu beruhigen haben, daß der Besitzbegriff in der Anwendung auf jene Rechte seinen Inhalt verändert hätte. Man würde einen Besitz ohne besessenes Object anerkennen müssen, indem man das thatsächliche Vorhandensein eines Zustandes, der die Kriterien eines personenrechtlichen äußerlich an sich trüge, verbunden mit dem entsprechenden Willen der Person, beziehungsweise die Ausübung von Handlungen, die den Stoff eines bestimmten Rechts darstellen, verbunden mit dem Willen des Handelnden, den Stoff des Rechts so auszuüben, als wäre das Recht selbst erworben, als Rechtsbesitz gelten ließe.

Wenn aber Personenzustandsrechte, insbesondere Familienrechte und gegenseitige Rechte der Ehegatten von der Praxis noch als besitzbar angesehen werden, so ist dies nur ein Zeichen des Hängens am Alten, weil es eben das Alte ist. Und wenn Theoretiker den Begriff eines Besitzes der Personenrechte damit als entschieden ansehen, daß bei diesen Rechten ein dem Recht entsprechendes factisches Dasein einer bestimmten personenrechtlichen Stellung möglich und damit eine dem Recht entsprechende factische Möglichkeit der beliebigen Ausübung der in dem Recht liegenden personenrechtlichen Herrschaft gegeben ist, so ist es ja richtig, daß man die juristische Möglichkeit eines Dinges, das freilich kein Besitz ist, aber doch eine gewisse Aehnlichkeit mit dem Besitz hat, in der angegebenen Weise construiren und das construirte Gebilde auch Besitz nennen kann. Aber einen

solchen Besitz mit Rechtswirkungen zu versehen, liegt offenbar nicht das geringste Bedürfniß vor.

Bei anderen Rechten liegt die Sache anders. Ich habe schon darauf hingewiesen, daß bei manchen Rechten, deren Entstehung in eine dunkle Vergangenheit zurückreicht, die Rechtsausübung häufig das Einzige ist, was der Berechtigte, dem das Recht bestritten wird, beweisen kann. Es sind dies — abgesehen von Grundgerechtigkeiten und Reallasten, von denen schon die Rede gewesen ist — zumeist Rechte, bei denen der Staat, die Kirche, Gemeinden, Corporationen, Genossenschaften einander als berechtigt und verpflichtet gegenüber stehen. Bei derartigen Rechten ist das praktische Bedürfniß, den Rechtsschutz auf die Rechtsausübung zu stellen, zweifellos vorhanden. Aber die Construction eines actuellen Besitzes aus dem Vorhandensein von Ausübungshandlungen, die in jüngster Zeit oder doch bei der letzten Gelegenheit zur Ausübung vorgenommen worden, — um solchergestalt ein Substrat für eine possessorische Klage zu erhalten, — scheint mir ebensowenig angezeigt, wie ich das praktische Bedürfniß einer solchen Klage anerkennen möchte. Auch für eine Verwendung des Besitzbegriffs, um die Möglichkeit eines Rechtserwerbs durch Ersitzung herzustellen, scheint mir das Bedürfniß zu fehlen. In der That ist die Frage der Zulassung der praescriptio definita für derartige Rechte controvers. [1]) — Soweit das Bedürfniß reicht, den Rechtsschutz auf die Rechtsausübung zu stellen, hilft demselben der Rechtssatz ab, daß mit der Ausübung eines Rechts, welche unvordenkliche Zeit hindurch fortgedauert hat, die Begründetheit des Rechts selbst außer Zweifel gestellt sein soll. Zu dieser Erledigung der Bedürfnißfrage bedarf es der Construction eines Besitzes der fraglichen Rechte nicht. Der Rechtsausübung seit länger als Menschengedenken scheint mir die gedachte Bedeutung für alle Rechte, die nicht in die Kategorie der dinglichen Rechte an fremder Sache gehören, ohne Unterschied, ob sie publicistischer oder streng privatrechtlicher Natur sind, zuzukommen. Auch möchte ich in Ansehung der Rechte, bei denen eine — größere oder geringere — Beziehung auf den Besitz

---

[1]) In Neuvorpommern wird nach alter Praxis für iura discontinua eine praescriptio definita überhaupt nicht zugelassen, sondern nur Immemorialpräscription.

von Grund und Boden erkennbar ist, bei denen also eine — größere oder geringere — Aehnlichkeit mit den dinglichen Rechten an fremder Sache hervortritt, und die darum die Anwendung des Besitzbegriffs leichter gestatten würden, als andere Rechte, bei denen die gedachte Voraussetzung nicht zutrifft, ein weitergehendes Bedürfniß, als bei diesen letzteren Rechten, nicht anerkennen.

Anhang.

Die Proceßformen des römischen Besitzschutzes.

I. Das interdictum uti possidetis.

Neben der in der l. 1 pr. uti poss. aufgenommenen Formel des Interdicts: uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto — ist aus Festus v. possessio folgende zweite Formel bekannt: uti nunc [1]) possidetis eum fundum, quo de agitur, quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ut ita possideatis, adversus ea vim fieri veto. War ein Grundstück, das sich weder als aedes noch als fundus bezeichnen ließ, Gegenstand des beanspruchten Besitzschutzes, so wurde das Interdict in der Formel: uti possidetis eum locum etc. ertheilt. [2]) Die Formel des i. utile, wie es dem Usufructuar gegeben wurde, hatte an Stelle des possidetis die Worte utimini fruimini. Beim Usuar fiel das fruimini weg. Das i. utile des Superficiars war auf das fruimini fruamini gestellt und erhielt vor dem fruimini einen auf das Rechtsgeschäft, durch welches die Superficies eingeräumt war, bezüglichen Zusatz. [3])

Nach der Ansicht, welche als die noch herrschende bezeichnet werden muß, hatte das dem Sachbesitz dienende i. directum den doppelten Zweck, einmal zum Schutze des Besitzstandes gegen drohende Störung zu dienen, dann einen streitigen Besitzstand behufs Vorbereitung des Eigenthumsstreites zu reguliren. Die Annahme Savigny's, daß das Interdict noch in dem dritten Falle, wenn der

---

[1]) Ueber die Weglassung des nunc in der Formel der l. 1 pr. uti poss. siehe Schmidt Interdictenverfahren S. 76 f.

[2]) Vgl. Rudorff Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Bd 11. X S. 336 f.

[3]) l. 1 pr. de superf., vgl. Rudorff, Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. Bd. 11 VII S. 229 ff.

Besitzer durch eine — vor dem Erlaß des Interdicts — stattgehabte Besitzstörung Schaden erlitten, welchen er ersetzt haben wolle[1]), ertheilt worden sei, wird nach der herrschenden Meinung verworfen.

Das vim fieri veto war also nach dieser Meinung auf die Zukunft in der Art berechnet, daß jede künftige Störung des Besitzstandes verhindert werden, und beim Eintritt solcher Störung das weitere Verfahren aus dem Interdict stattfinden sollte. Dabei hat die Verwendung des Interdicts zur Regulirung der Parteienrollen im Eigenthumsstreit insofern Schwierigkeit gemacht, als sich hier das weitere Verfahren von einer vorangegangenen Störung des Besitzstandes nicht abhängig machen läßt. Der Schwierigkeit ist man in verschiedener Weise zu begegnen bemüht gewesen. Nach Keller ist das Mitbieten bei der fructus licitatio als vis contra edictum angesehen worden.[2]) Bruns hat eine vis ex conventu, eine symbolische Handlung, welcher die Bedeutung einer Zuwiderhandlung gegen den Befehl des Prätors beigelegt worden sei, angenommen.[3]) Schmidt hat supponirt, daß die Parteien die Abrede getroffen haben, sich gegenseitig das vim factam esse zuzugestehen[4]), und Witte die Meinung aufgestellt, daß schon in der bestimmten Erklärung, dem Gegner nicht weichen zu wollen, eine vis im Sinne des Interdicts gefunden worden sei.[5])

Nach der Ansicht, welche jener herrschenden gegenübersteht, ist das Interdict nicht dazu bestimmt, dem Besitz Schutz gegen Störung zu geben, sondern es hat den Zweck, eine controversia de possessione zur Entscheidung zu bringen. Diese Auffassung findet bei Ihering dahin Ausdruck, daß das Wesen des Interdicts in der Präjudicialfunction der Entscheidung darüber, welche der streitenden Parteien Besitzer sei, beruhe.[6]) Die vis contra edictum hat hier die Bedeutung einer fortdauernden Prätension des Besitzes.

Ein neuer Ausgangspunct für die Bestimmung der Bedeutung des vim fieri veto ist mit der durch Studemund entzifferten Stelle des Gaius lib. IV § 170 gegeben. Die Stelle lautet: Sed quia

[1]) Besitz S. 396.
[2]) Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. Bd. 11 IX S. 318.
[3]) Besitz im M. A. S. 42 f.
[4]) Interdictenverfahren S. 55.
[5]) Das i. uti poss. S. 55 f.
[6]) Grund des Besitzschutzes S. 93 ff.

nonnulli interdicto reddito cetera ex interdicto facere nolebant, atque ob id non poterat res expediri, praetor in eam rem prospexit et comparavit interdicta, quae secundaria appellamus, quod secundo loco redduntur: quorum vis et potestas haec est, ut, qui cetera ex interdicto non faciat, velut qui vim non faciat, aut fructus non liceatur, aut qui fructus licitationis satis non det, aut si sponsiones non faciat sponsionumve iudicia non accipiat, sive possideat, restituat adversario possessionem, sive non possideat, vim illi possidenti ne faciat. Itaque etsi alias potuerit interdicto uti possidetis vincere, si cetera ex interdicto paratus sit facere, tamen per interdictum secundarium possessio in adversarium transfertur.

Krüger, welcher zuerst die Stelle zum Zweck der Bestimmung des vim fieri veto verwerthet hat, nimmt an, das Verbot der vis sei ein ernstlich gemeintes Verbot überhaupt nicht gewesen, sondern nur ein formaler Act behufs Herbeiführung der vis ex conventu, mit der dann das weitere Verfahren ex interdicto behufs Entscheidung des Präjudiciums, wen man als Besitzer anzuerkennen habe, eingeleitet worden sei.[1])

Der Meinung Krüger's ist Karlowa entgegengetreten. Derselbe will die vis, von der in der Stelle die Rede ist, als eine wirkliche Störung des Besitzstandes angesehen wissen.[2]) Bruns meint zwar, daß die Stelle von einer vis ex conventu spreche, und daß eine jede der um den Besitz streitenden Parteien das Recht gehabt habe, vom Gegner die gemeinsame Vornahme einer formalen vis zu verlangen. Aber er sucht die hergebrachte Bedeutung einer realen vis contra edictum wenigstens für den Fall zu retten, daß die Parteien, nachdem sie ihren Streit vor dem Prätor auseinandergesetzt, und der Prätor sein Interdict gesprochen, doch noch unschlüssig gewesen seien, ob sie ihren Streit weiter verfolgen oder aufgeben sollen.[3])

In der Auffassung der vis, von der Gaius spricht, als einer vis ex conventu trete ich Krüger und Bruns unbedenklich bei. Die vis contra edictum fasse ich als eine symbolische Handlung auf, mit welcher der zwischen den Parteien bestehende Streit äußeren Ausdruck erhielt, als eine symbolische Fixirung der Streitpunkte.

[1]) Kritische Versuche S. 85 ff. — Ueber den Schlußsatz der obigen Stelle vgl. Krüger a. a. O. S. 102 Note 2.

[2]) Der r. Civilproc. z. Z. der Legisactionen S. 104.

[3]) Besitzklagen S. 32 ff., 47 f.

Mit **Bruns** halte ich ferner für richtig, daß die vis ex conventu in der älteren Zeit auf dem streitigen Grundstück selbst vorgenommen worden ist, und daß daher auf den Erlaß des Interdicts nicht uno actu die cetera ex interdicto gefolgt sind.[1]) Auch scheint mir mit Rücksicht auf Cicero pro Caecina 16, 45[2]) die Annahme nicht abgewiesen werden zu können, daß es einer symbolischen Fixirung der Streitpunkte nicht mehr bedurfte, wenn einer der Besitzprätendenten die andere zum Zweck der Vornahme der formalen vis sich dem Grundstück nähernde Partei mit Waffengewalt bedrohte und dadurch seinem Willen zu besitzen und den Gegner vom Grundstück auszuschließen unzweideutigen Ausdruck gab. Eine weitergehende Bedeutung aber möchte ich der realen vis im Gegensatz zur formalen für die Herbeiführung der cetera ex interdicto nicht beilegen. Insbesondere halte ich für die Zeit des Gaius, in welcher die vis ex conventu gewiß nicht mehr auf dem Grundstück selbst stattfand, die Annahme eines unmittelbaren Anschlusses der cetera ex interdicto an das Interdict selbst für geboten. Wenn, wie **Bruns** anerkennt, jede Partei, welche Besitz anspricht, damit, daß sie sich auf den Streit, der zum Ausspruch des Interdicts führt, einläßt, statt den Streit durch confessio in iure zu erledigen, zur Vornahme der vis, ohne welche der Streit nicht entschieden werden kann, verpflichtet wird, und wenn die Nichtvornahme der vis Contumacialfolgen nach sich zieht, so kann die Rücksicht auf eine möglicher Weise doch noch vorhandene Unentschlossenheit der Parteien der alten Bedeutung der realen vis schwerlich mehr als Stütze dienen.

War die Vornahme der vis ein wesentlicher formaler Bestandtheil des Verfahrens ex interdicto, so müssen die materiellen Voraussetzungen des Interdictenverfahrens schon vor dem Erlaß des Interdicts vorhanden gewesen sein. Um diese Voraussetzungen zu bestimmen, bedarf es einer Feststellung der Bedeutung der Duplicität des Interdicts.

Wir kennen das Interdict nur als ein i. duplex. Ob es je als simplex ertheilt worden, ist bestritten. **Rudorff** meint, in der

---

[1]) a. a. O. S. 41.

[2]) — hoc iam vetus est et multis in rebus usitatum, quum ad vim faciendam veniretur, si quos armatos quamvis procul conspexissent, ut statim testificati discederent, optime sponsionem facere possent: ni adversus edictum praetoris vis facta esset. Bruns S. 39 a. a. O.

Zeit der Legisactionen sei es ein i. simplex gewesen und erst nach der lex Aebutia, als es für den Eigenthumsstreit an die Stelle der manus consertae getreten, als duplex gegeben worden.[1]) Schmidt hat diesen Gedanken weiter ausgeführt.[2]) Witte ist beiden Schriftstellern unter Berufung darauf, daß sich nirgend eine Spur von einer Fassung des Interdicts als eines i. simplex finde, entgegengetreten. Aber das Interdict ist nach ihm doch zugelassen worden, wenn es sich um einseitige Störungen ohne Besitzanspruch des Störenden gehandelt hat. Es ist in diesem Falle materiell ein einseitiges Rechtsmittel gewesen.[3]) Dagegen nimmt Eck wiederum an, daß das Interdict, zum mindesten in älterer Zeit, in dem Falle, wo nur einer der streitenden Theile Schutz im Besitz verlangt habe, nach der Formel: uti nunc possides eum fundum, quod nec vi nec clam nec precario ab illo possides, quominus ita possideas, vim fieri veto — ertheilt worden sei.[4]) — Diesen Ansichten gegenüber stehen die Meinungen derer, welche das i. uti possidetis immer nur gegen den zulassen, der selbst den Besitz am Grundstück anspricht. Es sind dies insbesondere Wiederhold[5]), Sintenis[6]) und aus der neuesten Zeit Krüger.[7]) Die Argumente der ersteren beiden sind genugsam widerlegt.[8]) Ich habe es nur mit Krüger zu thun, der die obige Stelle des Gaius im Sinne seiner Ansicht zu verwerthen sucht.

Die Ansicht Krüger's über die Entstehung des Interdicts knüpft an die oben (S. 57) berührte Meinung an, nach welcher mit der rei vindicatio vermöge ihrer Doppelseitigkeit im älteren Recht derjenige obgesiegt habe, dem es gelungen sei, seinem Anspruch eine größere Wahrscheinlichkeit zu verleihen.[9]) Krüger argumentirt nämlich, daß es in dem ältern Vindicationsverfahren keinen Vorzug des Besitzes gegeben, daß in dieser Rechtsgestaltung eine Mißachtung des Besitzes, eine Unbilligkeit gegen den Besitzer, der

[1]) Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. Bd. 11 X. S. 334.
[2]) Interdictenverfahren S. 187.
[3]) Das i. uti poss. S. 110.
[4]) Doppelseitige Klagen S. 31.
[5]) Das i. uti poss. S. 2—38.
[6]) Civilrecht § 46 Note 6.
[7]) Kritische Versuche S. 95 ff.
[8]) Vgl. namentlich Witte a. a. O. S. 100 ff., Bruns Besitzklagen S. 21 ff.
[9]) a. a. O. S. 79.

auf die petitorischen und die Delictsklagen beschränkt gewesen sei, gelegen, und daß erst zur Zeit des Formularprocesses in Folge der Einführung der einseitigen Vindication das i. uti possidetis sich entwickelt habe, das nach seiner ursprünglichen Anlage zur Regulirung der Besitzfrage bei der einseitigen Vindication bestimmt gewesen, und dessen Bestimmung später dahin erweitert worden sei, den Streit zwischen zwei Besitzansprechern überhaupt auszutragen. Krüger kann jedoch nicht umhin, das Interdict auch bei einseitigem Besitzanspruch wirksam werden zu lassen. Er bemerkt: „gewiß muß in solchen Fällen das Uti possidetis erlassen werden, nur kommt es dann wegen ungenügender Defension nicht zum doppelseitigen Verfahren, sondern zu dem einseitigen secundarium.“ [1])

Ich habe, um darzulegen, wie die Ansicht Krüger's über die Wirkung des Interdicts bei Störung des Besitzes ohne gleichzeitigen Besitzanspruch des Störenden mit seiner Auffassung des Interdicts überhaupt zusammenhängt, seinen Gedankengang ausführlicher mitgetheilt, obgleich ich es hier nur mit der Bedeutung des Interdicts für den Fall einseitiger Störung zu thun und meine Stellung zu den übrigen von ihm berührten Fragen schon anderweit fixirt habe.

Wer also nicht selbst Besitz anspricht, soll nach Krüger dergestalt als indefensus gelten, daß seinem Gegner der Besitz zugesprochen wird. Die Consequenz davon ist, daß jedes Machtverhältniß der Person zur Sache, das von der Person für Besitz ausgegeben wird, gegen Sörung so, als wäre es Besitz, dann geschützt wird, wenn der Störende nicht selbst Besitzer zu sein behauptet. Um dies zu vermeiden, ist der Beklagte, der zwar den Besitz des Klägers bestreitet, aber selbst weder Besitzer ist, noch Besitzer sein will, nach Krüger genöthigt, einen Besitzanspruch zu erheben und solchen durch vis contra edictum, fructus licitatio, sponsio und restipulatio weiter zu verfolgen. Um den von ihm angenommenen Satz, man könne sich dem gegenüber, der seinen Besitz nachweisen wolle, nur dann behaupten, wenn man die gleiche Gefahr übernehme, glaublich zu machen, verweist Krüger darauf, daß die Römer ein ähnliches Verlangen für die actio in rem per sacramentum gestellt haben. — Aber ist es nicht selbst bei angenommener Richtigkeit der Ansicht Krüger's über die alte zweiseitige Vindication ein ganz anderes Ding,

---

[1]) a. a. O. S. 79. 83. 95. 103 f. 108.

wenn der Besitzer der Sache, welcher der a. in rem per sacramentum gegenüber die Sache nicht herausgeben will, genöthigt ist, mit einem Eigenthumsanspruch hervorzutreten und mit seinem Gegner in einen Wettstreit über die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit des von einem jeden von ihnen erhobenen Eigenthumsanspruchs sich einzulassen,[1]) als wenn ein Nichtbesitzer, damit der Kläger als Besitzer nicht anerkannt wird, sich selbst gegen besseres Wissen für einen Besitzer ausgeben und über einen nicht gewollten Besitz certiren soll? Einem anderen Einwurf, dem nämlich, daß man im Interdictenverfahren dem Beklagten, der keinen Besitz haben wolle, nicht zumuthen könne, sich dem sicheren Unterliegen mit der Klage aus der eigenen Sponsion auszusetzen, sucht Krüger mit der Bemerkung zu begegnen, daß ja der Beklagte, der dem nicht besitzenden Kläger gegenüber mit der Klage aus seiner Restipulation obsiege, immer so viel erreiche, wie der Beklagte der actio durch Abweisung des Klägers. Kann aber das Resultat möglicher Ausgleichung der beiderseitigen Poen es erklären, daß ein Beklagter, der materiell alles durchsetzt, was er will, überhaupt zu einer Poen verurtheilt wird?

Will man die fraglichen Consequenzen der Ansicht Krüger's nicht acceptiren — ich halte sie in der That für unannehmbar — so bleibt nur die Annahme übrig, daß bei einseitigem Besitzanspruch der Beklagte dem Kläger zu der Sponsion, si illi possidenti adversus edictum vis facta est, nach vorangegangener vis ex conventu verpflichtet gewesen ist, und daß der Prätor das i. secundarium erst bei einer Verweigerung der Vornahme der vis ex conventu und der Eingehung auf die gedachte Sponsion ertheilt hat. Daß das Interdict jemals als i. simplex formulirt worden ist, halte ich, da die Quellen über eine derartige Formulirung nichts enthalten, für wenig wahrscheinlich. Die von Eck in der l. 1 § 5 uti poss. gefundene Spur des i. simplex ist wohl recht unsicher. Die Annahme eines i. simplex

---

[1]) Wer nicht in eigenem Namen besaß, machte sich durch die Benennung des Auctors von der Einlassung frei. Ein Nachtheil könnte also nur den Besitzer getroffen haben, der keinen Eigenthumserwerbsgrund wahrscheinlich zu machen hatte. Diese Consequenz ließe sich ertragen. Keinenfalls würde damit glaublich werden, daß ein Nichtbesitzer genöthigt ist, Besitz zu behaupten, wenn er nicht Besitzer sein, sondern nur dem Gegner, dessen Besitz er nicht anerkennt, das Recht, über eine behauptete Besitzstörung sich zu beschweren, abgesprochen wissen will.

ist auch durch innere Gründe nicht geboten. Es läßt sich mit der Annahme eines auf die Möglichkeit doppelseitiger Wirkung berechneten, vorkommenden Falls aber auch für einseitige Wirkung verwerthbaren Interdicts sehr wohl auskommen. Diese Annahme scheint allerdings nur dann aufrecht erhalten werden zu können, wenn unterstellt wird, daß die doppelseitige Wirksamkeit des Interdicts die regelmäßige oder doch die häufigere gewesen ist. Diese Supposition scheint mir aber auch im Wesen des Interdictenverfahrens begründet zu sein.

Erkannte der als Besitzstörer vor den Prätor Gebrachte den Besitz des Klägers an, so war für das i. primarium mit seiner bedingten Formulirung „uti possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto" regelmäßig [1]) kein Raum vorhanden. Das i. secundarium mit dem an den Beklagten gerichteten unbedingten Verbote „ne illi possidenti vim faciat" fand hier statt. Es konnte sich solchenfalls noch um einen Streit der Parteien darüber handeln, ob in dem, was der Kläger für einen Eingriff in seinen Besitzstand ausgab, eine Besitzstörung in der That zu finden wäre. Die Entscheidung dieses Streites konnte in dem Verfahren aus dem i. secundarium erfolgen.

Bestritt der Beklagte den Besitz des Klägers, ohne selbst Besitz anzusprechen, so wurde das i. primarium, formell zweiseitig, materiell mit einseitiger Wirkung, ertheilt.

Besondere Schwierigkeiten macht die Frage, wie es gehalten wurde, wenn der Beklagte eine iuris quasi possessio für sich geltend machte. Nach der Ansicht Rudorff's [2]) und Witte's [3]) wurde beim Usufructus und bei der Superficies die Formel des Sachbesitzinterdicts mit der des i. utile verschmolzen. Degenkolb [4]), Eck [5]) und Krüger [6]) haben sich gegen die Zusammenfassung der beiden Formeln ausgesprochen. Die ersteren beiden meinen, daß der Prätor entweder einen jeden der beiden Befehle besonders erlassen, der eine

[1]) Eine Ausnahme macht der Fall der l. 12 comm. div., von welchem unten noch die Rede sein wird.

[2]) Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. 11 S. 344 und Edict. de iurisdict. § 248.

[3]) Das i. uti poss. S. 113.

[4]) Platzrecht und Miethe S. 71 ff.

[5]) Doppelseitige Klagen S. 32 ff.

[6]) Kritische Versuche S. 104 ff.

Befehl also den Erfolg des anderen ausgeschlossen habe, oder daß der eine Befehl von vornherein dem anderen in Form einer exceptio einverleibt worden sei. Krüger nimmt an, daß bei dem Streit zwischen dem Sachbesitzer und dem Prätendenten einer quasi possessio usufructus das Sachbesitzinterdict überhaupt nicht, sondern das i. utile als duplex ertheilt worden sei, und daß die Entscheidung von dem Nachweise des uti frui seitens des Eigenthumsbesitzers, beziehungsweise des Nießbrauchsbesitzers abgehangen habe, während bei der Superficies, deren Formel auf den Eigenthümer nicht anwendbar gewesen, der Prätor das i. secundarium mit einer auf die quasi possessio der Superficies bezüglichen exceptio gegeben habe.

Daß ein Zusammenfassen der verschiedenen Interdictsformeln nicht stattgefunden habe, nehme ich ebenfalls an. Daß der Prätor indeß das i. utile des Usufructuars bei einem Streite zwischen dem Sachbesitzer und dem Nießbrauchsprätendenten als duplex ertheilt habe, halte ich für wenig wahrscheinlich. Der Fall war ja möglich, daß der Sachbesitzer niemals zu einem uti frui gekommen war, so wenn er die Sache vorher durch einen von ihm anerkannten Usufructuar besessen und nach dem Tode des letzteren ein Dritter, immer unter Anerkennung des Sachbesitzes seines Gegners, sich den Nießbrauch angemaßt hatte. Zog es der Nießbrauchsprätendent vor, nur vertheidigungsweise dem Sachbesitzer gegenüber aufzutreten, so wird der Prätor das i. secundarium mit einer auf die angesprochene iuris quasi possessio bezüglichen Exception ertheilt haben. Ging er selbst angriffsweise vor, so mußten beide Interdicte, das i. secundarium mit der Exception und das i. utile neben einander gegeben werden, das letztere in seiner Form zweiseitig, in seiner Wirkung einseitig. Wie aber, wenn Sachbesitz und Nießbrauchsbesitz gegenseitig bestritten waren? Es bleibt wohl nur die Annahme, daß für den Sachbesitz das i. uti possidetis directum, für den Nießbrauchsbesitz das i. utile, beide Interdicte in ihrer Form zweiseitig, in ihrer Wirkung einseitig ertheilt worden sind. Mit der formula duplex des Sachbesitzinterdicts scheint sich die Möglichkeit der Aufnahme einer auf die iuris quasi possessio des Usufructuars bezüglichen exceptio nicht zu vertragen.

Ebenso wird es gehalten worden sein, wenn der Beklagte eine superficies prätendirte; desgleichen, wenn er dem Antrage des Klägers auf Erlaß des Interdicts mit der Behauptung entgegentrat, daß er

für die Handlungen, in denen der Kläger die Besitzstörung fand, selbst auf prätorischen Schutz Anspruch hätte, weil auf seiner Seite die Voraussetzungen eines der besonderen Servituteninterdicte vorhanden wären.

Aehnlich denke ich mir die Rechtslage, wenn der Kläger das i. uti possidetis zum Zweck der Verhinderung einer Anlage über seinem Grund und Boden nachsuchte, und der Beklagte diesem Verlangen mit der Behauptung eines Besitzstandes entgegentrat, der für ihn das i. uti possidetis zum Schutze des Gebäudes, von dem jene Anlage einen Theil darstellte, begründete. Es ist dies der in der l. 3 §§ 5. 6. uti poss. besprochene Fall.[1] Fand sich bei der Verhandlung vor dem Prätor, daß der Besitz der einen Partei am Grund und Boden ebensowenig bestritten war, als der Besitz der anderen am Hause und dem Vorbau, so konnte weder der Besitzer des Bodens mit dem Interdicte die Beseitigung des Vorbaues herbeiführen, noch der Besitzer des Hauses und des Vorbaues gegen den Besitzer des Bodens auftreten. Der Prätor lehnte jedes Einschreiten ab. Dies ist der Fall des Cassius. War dagegen der Besitzstand betreffs des Vorbaues streitig, weil an der Anlage noch gebaut wurde, so war dem Besitzer des Bodens das i. uti possidetis eum locum, qui proiecto tegetur, nicht zu versagen. Das Interdict wurde, je nachdem der Hausbesitzer den Besitz seines Gegners am Boden bestritt oder einräumte, als i. primarium oder als secundarium ertheilt, letzterenfalls mit einer auf den Besitz des Hauses mit dem Vorbau bezüglichen exceptio. Daneben ertheilte der Prätor das i. uti possidetis eas aedes, ex quibus proiectus est.

Eine materiell einseitige Wirkung konnte das formell zweiseitige i. primarium hiernach nur in den Fällen haben, in welchen der Besitzstörer, der nicht gleichzeitig selbst den Besitz ansprach, den Besitz des Klägers bestritt. Diese Fälle sind offenbar die bei weitem selteneren im Verhältniß zu den Fällen, in denen mit dem Bestreiten fremden Besitzes das Ansprechen eigenen Besitzes verbunden ist. Damit würde erklärt sein, daß der Prätor nicht für nöthig gehalten hat, ein besonderes i. primarium simplex zu proponiren, — oder daß, wenn ein solches Interdict doch ertheilt worden wäre, sich keine Kunde davon erhalten hat.

---

[1]) Vgl. oben S. 376 f.

Die von Jhering angenommene Präjudicialfunction des Interdicts spreche ich demselben auch für die Fälle einer Verwendung desselben zur Entscheidung eines Streits darüber, welche Partei Besitzer ist, ab. Auch diese Verwendung läßt sich von der Beziehung des Interdicts auf Störung des Besitzes nicht frei machen. Ein Streit über den Besitz kommt regelmäßig in der Art vor, daß ein jeder der Streitenden entweder selbst Besitzhandlungen ausübt oder doch anderweit den von dem anderen Theile angesprochenen Besitz beeinträchtigt [1]), und Ausnahmen werden nur dann eintreten, wenn die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend übereinkommen, dergleichen Handlungen bis nach ausgemachter Sache zu unterlassen. In dem von Jhering [2]) bemerkten Falle eines Streites über den Besitz einer in der Detention eines Dritten befindlichen Sache, wenn der Erbe des ursprünglichen Detentors nur weiß, daß sein Erblasser den Besitz für einen der streitenden Theile, aber nicht für welchen, ausgeübt habe, könnte man darin, daß jede der Parteien sich dem Detentor gegenüber für den Besitzer ausgibt, eine wirkliche Störung des wahren Besitzers finden. Eine solche Prätension eigenen Besitzes, die den Detentor bestimmt, dem Anderen die Sache nicht herauszugeben, beeinträchtigt in hohem Grade den vom Gegner angesprochenen Besitz. Aber ich möchte in dem angegebenen Falle, wie in allen den Fällen, in denen possessio ohne unmittelbare Macht des Besitzers über die Sache vorhanden ist, und der Besitzer von dem, der die Sache in seiner Detention hat, als Besitzer nicht anerkannt wird, Fälle, für welche das Interdict bestimmt ist, überhaupt nicht erkennen. Der Besitzer, der bis dahin durch einen Anderen besessen hat, ist zunächst darauf angewiesen, seinen Willen, Besitzer zu sein und es zu bleiben, diesem Anderen gegenüber geltend zu machen. Wird er von demselben zurückgewiesen, so ist das i. unde vi das im Recht vorgesehene Rechtsmittel. So ist auch der zweite, von Jhering aufgestellte Fall, wenn die Parteien bei einer bedingten Tradition darüber streiten, ob die Bedingung eingetreten sei oder nicht, ob also der Eine Besitzer geblieben oder der Andere Besitzer geworden sei, aufzufassen. Derjenige, welchem die Sache bedingt tradirt worden ist, bleibt bis zum Eintritt der Bedingung Besitzvertreter des Anderen.

---

[1]) Vgl. Bruns Besitzklagen S. 28.

[2]) Besitzesschutz S. 93 ff.

Wenn der Tradent, der die Bedingung nicht für eingetreten ansieht, seinen Willen, Besitzer zu sein, nicht realisiren kann, weil ihm der Andere, der die Bedingung für eingetreten annimmt, die Sache vorenthält, so liegt der Streit wesentlich eben so, wie wenn ein Pächter den Verpächter oder dessen Käufer zurückweist, weil er selbst Besitzer sein will. Ich trage kein Bedenken anzunehmen, daß in diesen Fällen das i. uti possidetis Verwendung finden konnte, wenn die Parteien übereinkamen, ihren Streit darüber, ad quem possessio pertineret, in den Formen dieses Interdicts zum Austrage zu bringen. Es kam ja nur darauf an, wie die Sache dem Prätor vorgestellt wurde. Aber die eigentliche Bestimmung des Interdicts finde ich nicht in der Entscheidung derartiger Fälle. Die l. 1 § 3 uti poss., welche Ihering für die Verwendbarkeit des Interdicts in diesen Fällen anzieht: si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere adfirmat, tunc — ad hoc interdictum remittentur — scheint mir den Fall vor Augen zu haben, wo von beiden Seiten Besitzhandlungen vorgenommen worden sind, und es sich darum handelt, durch Abwägung dieser beiderseitigen Besitzhandlungen gegen einander eine Entscheidung darüber eintreten zu lassen, auf welcher Seite das magis possidere in der Art anzunehmen ist, daß daraus für den einen Theil der Besitz folgt, während die Handlungen des anderen Theiles als eine Störung jenes Besitzes zu gelten haben.[1])

[1]) Dies ist der eigentliche Fall, auf welchen sich die Bestimmung des Interdicts, die Parteienrollen für den Eigenthumsstreit zu regeln, bezieht. Es ist fehlsam, mit dieser Bestimmung des Interdicts in der Art zu argumentiren, daß man überall da, wo jeder Theil die Beklagtenrolle haben möchte, das Interdict eintreten läßt. Konnte ein Theil mit dem i. unde vi dies Ziel erreichen, so war eben dies Interdict für ihn dazu bestimmt, sich jener Rolle zu bemächtigen. Krüger (a. a. O. S. 93) geht so weit, auf den in der Feststellung der Parteienrollen für die Vindication bestehenden Zweck des Interdicts die recuperatorische Wirkung desselben mit folgender Argumentation gründen zu wollen: „Erkennt — der Prätor einen — fehlerhaften — Besitz nicht an, läßt aber doch um seinetwillen den anderen auch abweisen, so war der Zweck des Instituts von vornherein verfehlt. Dieser konnte nur erreicht werden, wenn gleich vorgesehen wurde, daß in solchen Fällen zu Gunsten des Nichtbesitzers entschieden wurde, gerade als bestände der ihm unrechtmäßiger Weise entzogene Besitz noch fort.“ Aber wozu diese recuperatorische Wirkung in den Fällen, wo das i. unde vi eine kräftigere Handhabe für die Erlangnng der Beklagtenrolle bot? (Vgl. oben S. 95).

Daraus ergibt sich auch die Bedeutung der exceptio vitiosae possessionis, welche ständig in die Formel des Interdicts aufgenommen wurde. Die praktische Bedeutung der exceptio war die, daß alle vitiose ab adversario geschehenen Besitzhandlungen bei der Untersuchung streitigen Besitzes als Besitzhandlungen nicht in Betracht kamen. Blieben bei gegenseitigem Besitzanspruch nach Abzug der fehlerhaften keine mehr übrig, oder genügten die auf der einen oder der anderen Seite übrig bleibenden zur Feststellung des angesprochenen Besitzstandes nicht, so konnte die Besitzfrage zu Gunsten keiner der Parteien beantwortet werden.

Den Fall habe ich bereits erwähnt, in welchem das Interdict zur Entscheidung eines Streites darüber verwendet worden ist, ob bei unbestrittenem Besitze der einen Partei das Verhalten der anderen, in welchem der Besitzer eine Störung seines Besitzes findet, als Besitzstörung zu qualificiren sei. Ein solcher Streit kann auch vorkommen, wenn Mehre zu ideellen Theilen besitzen und der Eine eine Handlung vornimmt, in welcher der Andere einen Eingriff in seinen Mitbesitz findet. Auf diesen Fall beziehe ich die l. 12 commun. divid. Ulpianus: Si aedes communes sint aut paries communis et eum reficere vel in eum demolire vel in eum immittere quid opus sit, communi dividundo iudicio erit agendum, aut interdicto uti possidetis experimur. Die Stelle ist in Verbindung mit der l. 3 § 2 de op. nov. nunt. aufzufassen, in welcher Ulpian sagt: — si socius meus in communi insula opus novum faciat et ego propriam habeam, cui nocetur, an opus novum nuntiare ei possim? et putat Labeo non posse nuntiare, quia possum eum alia ratione prohibere aedificare, hoc est vel per praetorem vel per arbitrum communi dividundo: quae sententia vera est. — Das prohibere per praetorem der zweiten Stelle kann nur auf das i. uti possidetis gehen. Inhalts der ersten Stelle werden also dem einen Miteigenthümer das i. uti possidetis und die a. communi dividundo gegeben, um das reficere, demolire, immittere quid gegen den Willen des anderen Miteigenthümers durchzusetzen, Inhalts der zweiten Stelle sollen die beiden Rechtsmittel dazu dienen, um die von dem anderen beabsichtigte Anlegung eines opus novum zu verhindern. Wenn die beabsichtigte Veränderung nothwendig ist, so muß sie gestattet werden, und ihre Verhinderung ist ein Eingriff in den Besitzstand. Ist sie überflüssig und dem einen Theil sogar schädlich, so muß sie unterbleiben und

ihre Vornahme ist als ein solcher Eingriff zu qualificiren.[1] Das Interdict wurde in beiden Fällen als duplex erlassen und wirkte auch materiell doppelseitig. Das Gewicht bei Abschluß der beiderseitigen Sponsionen, si mihi possidenti adversus edictum vis facta est, lag hier, wenn der beiderseitige Besitzstand zweifellos war, ausschließlich auf der Frage der vis.

In allen Fällen des i. primarium folgte auf die Ertheilung des Interdicts die vis ex conventu. Sodann wurde, wenn das Interdict materiell als duplex wirken sollte, die fructus licitatio zur Regulirung des Besitzstandes, beziehungsweise im Falle der l. 12 comm. div. und der l. 3 § 2 de op. nov. nunt. zur Entscheidung der Frage, ob mit der von der einen Seite beabsichtigten Veränderung der gemeinschaftlichen Sache vorzugehen sei oder ob die Veränderung vorläufig zu unterbleiben habe, vorgenommen. Die Verpflichtung, den Betrag des Meistgebots an den Gegner, wenn derselbe mit seinem Besitzanspruch obsiegen oder mit der verlangten Vornahme oder Nichtvornahme der an der res communis beabsichtigten Veränderung durchdringen sollte, zu zahlen, übernahm die bei der Licitation obsiegende Partei mit der stipulatio fructuaria. Die Nothwendigkeit einer stipulatio fiel in Folge der Einführung der actiones in factum weg. Der Prätor gab später auch ohne stipulatio fructuaria auf Grund der stattgehabten Licitation allein der Partei, welche im Sponsionsprozesse über den eigentlichen Parteistreit obgesiegt hatte, gegen die bei der Licitation siegreich gebliebene Partei eine Klage auf den Betrag des Meistgebotes.[2]

Hierauf folgten die Sponsionen über den eigentlichen Gegenstand des Streites. Bei materiell wirksamer Duplicität des Interdictes konnte jede Partei die andere zur Eingehung einer Sponsion nöthigen und hatte ihrerseits auf die von der anderen verlangte

---

[1] Witte, das i. uti poss. S. 108, gibt den Sinn der l. 12 comm. div. dahin an: „Stellt sich eine Neugestaltung einer gemeinsamen Sache als nothwendig heraus, und es ist eine freiwillige Einigung der Interessenten nicht zu erzielen, so muß durch die actio communi dividundo die Gemeinschaft aufgehoben werden; denn sonst verhindert der Socius das einseitige Vorgehen durch das i. uti poss.“ — Rudorff, Anh. zu Savigny's Besitz Nro. 134, meint, daß dann statt „aut“ „alioquin“ stehen müßte. Es handelt sich nach ihm in der l. 12 um polizeilich nothwendige Arbeiten. Windscheid, Pandekten § 152 Note 12, nennt die Erklärung Witte's scharfsinnig, doch nicht unbedenklich.

[2] Gai. IV § 169.

Restipulation einzugehen. Es wurden also vier Verbalcontracte gegeschlossen.

In den Processen aus den Sponsionen wurden die Streitfragen entschieden. Bei gegenseitigem Besitzanspruch gingen die Prozesse aus den beiderseitigen Sponsionen neben einander her. Das Unterliegen der einen Partei mit der Klage aus ihrer Sponsion schloß nicht nothwendig das Obsiegen der Gegenpartei mit ihrer Sponsionsklage ein. Jede Partei konnte mit ihrer Sponsionsklage unterliegen und aus ihrer Restipulation verurtheilt werden.

Bei materiell wirksamer Duplicität des Interdicts war mit der Entscheidung des Processes aus den Sponsionen das Verfahren ex interdicto zu Ende, wenn beide Theile mit ihren Sponsionsklagen unterlagen, oder wenn die Partei, welche bei der fructus licitatio obgesiegt hatte, auch im Sponsionsprocesse Sieger war. Hatte die im Sponsionsprocesse siegreiche Partei bei der fructus licitatio unterlegen, so waren ihr noch zwei Klagen gegeben. Die eine ging auf Zahlung des Betrages des Meistgebotes, die andere, eine actio arbitraria, auf Restitution des früheren, in Folge des Sieges der Gegenpartei bei der fructus licitatio aufgehobenen oder veränderten Zustandes. Auf diesen letzteren Proceß, das iudicium Cascellianum oder secutorium,[1]) beziehen sich folgende Edictsworte der l. 1 pr. uti poss: neque pluris, quam quanti res erit: intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam.

Bei materiell einseitiger Wirksamkeit des Interdicts folgten auf die vis ex conventu die Sponsion und die Restipulation und darauf die Erhebung der Sponsionsklage und ihre Verhandlung und Entscheidung. Der mit der Sponsionsklage siegreiche Kläger hatte wahrscheinlich auch hier eine a. arbitraria auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, beziehungsweise Schadensersatz, wenn nach dem Erlaß des Interdicts diejenige Störung seines Besitzstandes, gegen welche er das Interdict nachgesucht hatte, von seinem Gegner fortgesetzt worden war.

Vertheidigte bei vorangegangenem Streit darüber, wem der Besitz zukäme, die eine Partei den von ihr behaupteten Besitz nicht,

---

[1]) Auch der Proceß, in welchem der Betrag des Meistgebotes gefordert wurde, hieß, wenn die stipulatio fructuaria unterblieben war, indicium secutorium. Gai. IV § 169.

indem sie sich der Vornahme der cetera ex interdicto entzog, so wurde, wie wenn der Beklagte von Anfang an den Besitz des Klägers anerkannt hatte, und es deshalb zum i. primarium nicht gekommen war, ein i. secundarium ertheilt. Das Interdict war restitutorisch, wenn der indefensus wirklich Besitzer war, es aber vorzog, seinen Besitz im Stich zu lassen; in anderen Fällen war es prohibitorisch. Eine vis ex conventu ist auch beim i. secundarium denkbar, wenn nämlich die Parteien darüber stritten, ob in dem Verhalten der einen Partei eine Störung des Besitzes der anderen zu finden wäre, oder wenn das Interdict mit einer Einrede ertheilt wurde, welche eine weitere Verhandlung darüber nöthig machte, ob der Besitzstand der einen Partei dem in dem Verhalten der anderen gefundenen Besitzstöruug gegenüber auf Schutz Anspruch hätte. Die vis ex conventu stand aber hier unter keiner Contumaz. Wenigstens ist von einer solchen nichts bekannt. Einigten sich die Parteien nicht dahin, die Entscheidung des Streites durch vis ex conventu vorzubereiten, so trat das weitere Verfahren ex interdicto erst ein, wenn der Interdicent seinem Gegner reale Störung des Besitzes vorwarf und ihn zur Sponsion provocirte.[1] Dergleichen reale Besitzstörungen werden auch hier ein iudicium secutorium nach sich gezogen haben.

Im Extraordinarverfahren fiel der künstliche Apparat, welcher bis dahin den Besitzschutz vermittelt hatte, weg. Dafür fand jetzt eine Klage ex causa interdicti auf Schutz des Besitzstandes statt, welche ein iudicium duplex zur Folge hatte, wenn der Beklagte ebenfalls Besitz ansprach. In Ansehung des Zeitpunktes, in welchem der Besitz vorhanden sein mußte, wenn er Anspruch auf Schutz haben sollte, trat an die Stelle des i. redditum die Litiscontestation. In diesem Processe wurde über den Besitz, über die Frage, ob in dem Besitzstande die Befugniß zur Abwehr des vom Besitzer als Besitzstörung bezeichneten Verhaltens des Gegners läge, und über die Verpflichtung zum Ersatz des durch reale Besitzstörungen dem Besitzer erwachsenen Schadens entschieden. Es gab also jetzt einen Anspruch auf Ersatz auch des durch vorangegangene Besitzstörungen dem Besitzer erwachsenen Schadens,

[1] Die Verweigerung der sponsio stand der confessio in iure gleich und führte zur Execution der missio in bona; vgl. Schmidt, Interdictenverfahren S. 246 f.

während bis dahin der Besitzer ein selbständiges Recht auf Ersatz des vor dem Erlaß des Interdicts ihm verursachten Schadens nicht hatte, sondern solchen Ersatz nur, wenn es zur Sponsion kam, in der Sponsionssumme suchen und finden konnte. Für die Klage ex causa interdicti gelten die auf die cascellische Klage bezüglichen Stellen des Interdicts: „neque pluris, quam quanti res erit“ und intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam.

II. Das interdictum utrubi.

Die in den Pandekten (l. 1 utrubi) enthaltene Formel des Interdicts: „Utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto“ ist unvollständig. Einmal ist das Requisit des Besitzes in derselben nicht ausgedrückt. Dann fehlt die nach Gaius (Jnst. 4, 150) und Paulus (Rec. sent. 5, 6, 1.) in die Formel aufgenommene ständige Exception der Besitzfehler. Die vollständige Formel möchte dahin anzugeben sein: Utrubi hic homo, q. d. a., maiore parte huiusce anni fuit, cum is hunc hominem, q. d. a. possederit, quod nec vi nec clam nec precario ab altero possederit, quominus eum ducat, vim fieri veto.

Das Interdict wird ein i. retinendae possessionis genannt. An der Stelle des Erfordernisses des zur Zeit der Ertheilung des Interdicts vorhandenen actuellen Besitzes steht aber das Requisit des Besitzes in dem größten Theile des dem interdictum redditum vorangegangenen Jahres. Die Frage, ob der Rubricirung des Interdicts als eines auf Erhaltung des Besitzes gerichteten der Gedanke zum Grunde liegt, daß der Besitz an Mobilien, die in die reale Macht eines Anderen gelangt sind, animo retinirt werden könne in ähnlicher Weise, wie der an Immobilien, die ein Anderer in der Abwesenheit des Besitzers occupirt hat, oder ob jene Rubricirung in einer sprachlichen Nachlässigkeit ihren Grund hat und eine Bezeichnung nach dem häufigsten Falle gewesen ist, erscheint zweifelhaft. Schmidt nimmt das letztere an.[1]) Aber es will nicht einleuchten, daß der fragliche Fall der häufigere gewesen ist. Vielmehr scheint grade eine Störung des Besitzes an Mobilien und Moventien in der Art, daß der Gestörte seine Macht über die Sache behält, als der seltenere Fall

[1]) Interdictenverfahren S. 69 Note 55, S. 115 Note 33.

angesehen werden zu müssen.[1] Auch der Umstand, daß in der Interdictsformel als Beispiel der Besitzobjecte, auf die sich das Interdict bezieht, ein Sclave gewählt ist, in Ansehung dessen die Besitzfortdauer ähnlich wie bei Grundstücken in höherem Grade, als in Ansehung anderer beweglicher Sachen, auf den Besitzwillen gestellt ist, scheint mir darauf hinzudeuten, daß jener Rubricirung die Idee einer durch den Besitzwillen vermittelten Fortdauer des Besitzes zum Grunde liegt.[2] Weitere Consequenzen lassen sich aus dieser Idee freilich nicht ableiten.

Die maior pars anni ist relativ zu nehmen. Zum Obsiegen genügt jeder auch noch so kurze Zeitraum des letzten Jahres, wenn er nur von längerer Dauer ist, als der Zeitraum, in welchem der Gegner sich im Besitze befunden hat.[3] In die kritische Zeit wird dem Singularsuccessor der Besitz des Auctors, dem Universalsuccessor der Besitz des Erblassers eingerechnet. Ebenso dem precario dans der Besitz des Precaristen, wenn nach dem Widerruf des Precariums der precario dans den Besitz der Sache wieder erlangt hat, desgleichen dem vorigen Besitzer der Besitz des Prädo, der ihm die Sache iussu iudicis hat restituiren müssen.[4]

Das Interdict ist prohibitorisch. Das ducere servum, welches derjenige, in dessen Person die Voraussetzungen des Interdicts vorliegen, ungehindert soll vornehmen können, ist der Ausdruck des Gewaltverhältnisses des Herrn über den Sclaven.[5] So oft das Interdict für andere Besitzobjecte ertheilt worden ist, wird dem ducere ein anderer, dem Object entsprechender Ausdruck substituirt worden sein.

---

[1] Windscheid, Pandekten 3. Aufl. § 159 Note 2, sagt, es habe bei beweglichen Sachen im classischen Rechte einen Schutz gegen Störung des Besitzes nicht gegeben, sondern nur den auf Grund des blos älteren Besitzes gewährten Schutz gegen Besitzverlust. — Anders in der 4. Aufl.

[2] Savigny, Besitz S. 418, findet den Grund der fraglichen Rubricirung darin, daß durch eine besondere Fiction der Besitz der maior pars anni für den gegenwärtigen Besitz genommen worden sei.

[3] l. 156 de verb. sign.

[4] l. 13 § 1 seq. de poss.

[5] Cf. l. 3 § 1 de lib. exhib. it. duc., Gai. IV. §§ 21. 25.

Das Interdict ist ein i. duplex. Da es nicht auf den gegenwärtigen Besitz, d. h. auf den Besitz zur Zeit des i. redditum, gestellt ist, so hat bei ihm die Vitiosität des Besitzes eine andere Bedeutung, als beim i. uti possidetis. Mit dem letzteren kann der frühere Besitzer, dem gegenüber der Andere zur Zeit des i. redditum vitios besitzt, nicht siegen, weil ihm eben das Erforderniß des Besitzes zur Zeit des i. redditum abgeht. Mit dem i. utrubi siegt immer diejenige Partei, welche im letzten Jahre die längere Zeit nec vi nec clam nec precario der anderen Partei gegenüber besessen hat. Der vitiose Besitz kommt nicht in Betracht. Hat also die eine Partei, gleichviel ob der Kläger oder der Beklagte, nur einen Tag im letzten Jahre nicht vitios besessen und die andere Partei den übrigen Theil des Jahres possessio vitiosa dem Gegner gegenüber gehabt, so siegt die erstere Partei. Hat dagegen die eine Partei in dem letzten Jahre überhaupt nicht besessen, die andere Partei aber possessio vitiosa ab adversario gehabt, so kann keine Partei mit dem Besitzanspruch gegen die andere durchbringen. [1])

Die cetera ex interdicto gestalten sich beim i. utrubi wesentlich ebenso, wie beim i. uti possidetis.

Nach der l. 1 utrubi Ulpianus. — optinuit vim eius (interdicti) exaequatam fuisse uti possidetis interdicto — ut is et in hoc interdicto vincat, qui nec vi nec clam nec precario, dum super hoc ab adversario inquietatur, possessionem habet — hat die possessio in der maior pars anni ihre Bedeutung für das Interdict mit der Zeit verloren und das Interdict ist dem i. uti poss. gleichgestellt worden. Daß diese Veränderung nicht schon zur Zeit Ulpians sich vollzogen hatte, folgt daraus, daß Paulus nichts von ihr

---

[1]) Mit dem Satze, daß der vitios Jemandem entzogene Besitz dem Entzieher gegenüber relativ noch als fortdauernd angesehen, fingirt werde, (Bruns Besitzklagen S. 172 f.) kommt man dahin, die Partei obsiegen zu lassen, welche das ganze letzte Jahr hindurch nicht besessen, und von der die Gegenpartei lange vorher den Besitz vitiose erlangt hat. Diese Consequenz halte ich für unmöglich. Die exceptio vitiosae possessionis mag die Wirkung gehabt haben, daß dem possessor vitiosus, auch wenn seine possessio schon länger als Jahresfrist gedauert hat, der Besitzschutz versagt worden ist. Aber einen eigenen Besitzanspruch auf Grund eines vor länger als Jahresfrist verlorenen Besitzes hat der frühere Besitzer mit dem i. utrubi schwerlich verfolgen können.

weiß[1]) und daß noch in einer Constitution Diocletians das Interdict in seiner alten Form vorkommt.[2]) Die fraglichen Worte der l. 1 utrubi sind also von den Compilatoren interpolirt. Daß die Veränderung keinem Gesetze, sondern der Praxis die Entstehung verdankt, wird durch das optinuit der l. 1 utrubi und durch die Worte des § 4 a de interd.: hodie tamen aliter observatur angedeutet.[3]) Ueber die Veranlassung der Aenderung sind verschiedene Meinungen aufgestellt worden. Die Ansicht Savigny's, daß das Interdict die Stelle des i. unde vi bei beweglichen Sachen vertreten, welche Bedeutung es mit der durch die valentinianische Gesetzgebung über gewaltsame Besitznahme eingetretenen Ausdehnung des i. unde vi auf bewegliche Sachen verloren habe[4]), wird mit Recht fast allgemein verworfen. Am haltbarsten finde ich die Annahme, daß man für das Bedürfniß der rechtlichen Möglichkeit, den Besitz an beweglichen Sachen wieder zu erlangen, die actio furti, die actio vi bonorum raptorum und die ähnlichen Rechtsmittel als genügend erkannt hat. So verweist Paulus den von einem Schiffe Dejicirten nicht auf das vorher von ihm erwähnte i. utrubi, sondern auf die a. vi bonorum raptorum. Diese Rechtsmittel stellten den Kläger in Bezug auf den Umfang des Anspruchs günstiger als das Interdict, und bei dem weiten Begriff des Furtums befriedigten sie das Bedürfniß, soweit ein solches anzuerkennen war. Es blieb also für die recuperatorische Wirkung des Interdicts kaum mehr übrig, als der Fall, in welchem die Sache einem redlichen Besitzer abverlangt wurde; und daß man in diesem Falle das Interdict versagte und den Anderen auf das Petitorium verwies, entspricht der Natur des römischen Besitzschutzes. Darin trete ich also Bruns[5]) bei, daß ich mit ihm in der großen Ausdehnung, die das Interdict in Betreff der Art des Besitzverlustes beim Kläger und der Art des Besitzerwerbes beim Beklagten hatte, und in seiner Zulassung gegen gutgläubige Besitzer den Grund der fraglichen Aenderung finde.

---

[1]) Recept. sent. 5, 6, 1.

[2]) Vat. fragm. § 293.

[3]) Vgl. Bruns Besitzklagen S. 174. — Savigny, Besitz S. 412, hält Justinian für den Urheber der Aenderung, ebenso Ihering, Grund des Besitzschutzes S. 103.

[4]) Besitz S. 436 ff.

[5]) a. a. O. S. 175.

Die recuperatorische Wirkung des Interdicts halte ich nach seiner Gleichstellung mit dem i. uti possidetis ebenso für ausgeschlossen, wie bei diesem. Bruns bezeichnet das Resultat, zu welchem man kommt, wenn man das Interdict nicht recuperatorisch zu Gunsten des früheren Besitzers, von dem der Andere den Besitz vi, clam, precario erworben hat, wirken lassen will, als unsinnig, weil dann grade für den Hauptfall des Besitzschutzes bei Mobilien, nämlich den der Entziehung des Besitzes, gar kein Schutz, wohl aber ein solcher für den fast bedeutungslosen Fall der Störung gegeben wäre.[1]) Und in der That ist anzuerkennen, daß der Schutz des Besitzes an Mobilien gegen Störung bei manchen Besitzobjecten, z. B. solchen, die man in der Tasche trägt, nichts zu bedeuten hat, während jedoch bei anderen, z. B. einem Schiffe, bei dessen Besitznahme durch Dejection Paulus auf die a. vi bonorum raptorum verweist, der Besitzschutz auch gegen Störung gewiß recht wichtig sein kann. Aber wenn das i. utrubi dem i. uti possidetis darin gleichgestellt ist, daß es, wie dies, nur dem gegeben ist, qui litis contestationis tempore detinet (§ 4 a. de interd.) und der ab adversario inquietatur (l. 1 utrubi), so glaube ich, daß nichts übrig bleibt, als sich mit jenem Resultate zufrieden zu stellen. Gegen den Vorwurf des Unsinns können sich die Römer wohl durch den Hinweis darauf genügend vertheidigen, daß sie bei einer possessio violenta dem beraubten Besitzer die a. vi bonorum raptorum, die ja schon in älterer Zeit Paulus dem i. utrubi vorzieht, und auf die auch Ulpian in der l. 1 § 6 de vi et vi — neben der a. furti und der a. ad exhibendum — verweist, bei einer possessio clandestina dem Bestohlenen die a. furti und bei einer possessio precaria dem Concedenten das i. de precario gegeben haben, daß also in allen Fällen des Besitzverlustes an einen possessor vitiosus Rechtsmittel zum Zwecke der Wiedererlangung des Besitzes gegeben gewesen sind, welche zum Theil den früheren Besitzer besser geschützt haben, als es durch das dem i. uti possidetis gleichgestellte i. utrubi bei recuperatorischer Wirkung desselben hätte geschehen können. Eine Lücke besteht nur insofern, als ein Rechtsmittel zur Wiedererlangung des vi oder clam verlorenen Besitzes an beweglichen Sachen dem Diebe und dem Räuber, welchen beiden die a. furti und die a. vi bonorum raptorum versagt

---

[1]) a. a. O. S. 176.

werden, und die doch auch als Besitzer mit laufen, nicht gegeben ist. Diese Lücke können die römischen Juristen wohl verantworten.

III. Das interdictum unde vi.

Die vollständige Formel des Interdicts, wie es ertheilt worden ist, wenn keine Waffengewalt bei der Dejection stattgefunden hat[1]), lautet nach Cicero, pro Tullio c. 44, wie folgt: Unde tu aut familia tua aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratorem illius in hoc anno vi deiecisti, qua de re agitur, cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo illum restituas. Das Zeugniß des Cicero wird durch den Inhalt des cap. VII des Ackergesetzes des Spurius Thorius bestätigt, in welchem die Zwischensätze des Interdicts dahin wiedergegeben sind: quod — is, quei eiectus est, possederit, quod neque vi neque clam neque precario possederit ab eo, quei eum ea possessione vi eiecerit.[2]) Bei vis armata lautete die Formel des Interdicts dahin: Unde tu aut familia tua aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratorem illius vi hominibus coactis armatisve deiecisti, qua de re agitur, eo illum restituas.

Die erste Voraussetzung des Interdicts ist der frühere Besitz des Klägers. Bei Personalservituten wurde das Interdict als utile mit entsprechender Aenderung der Formel ertheilt.[3]) Andere Detentoren haben das Interdict nicht. Die fragliche Voraussetzung ist in älterer und neuerer Zeit bestritten worden. Die ältere Meinung, welcher einige

---

[1]) Für die bei der Dejection ohne Waffengewalt stattgehabte vis hatte sich der Kunstausdruck vis quotidiana im Gegensatze zu vis armata eingebürgert. Nach dem Vorgange Heinrich's hat Savigny, Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. Bd. 3 XVII. S. 425 ff., ausgeführt, daß jener Kunstausdruck als solcher kein römischer sei, wenn schon Cicero das Interdict i. quotidianum und die vis eine vis quotidiana genannt habe. Der Kürze wegen bediene ich mich des Ausdrucks, ohne für ihn die Bedeutung eines Kunstausdrucks anzusprechen.

[2]) Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. 10 I. S. 63 ff., 151 f. Damit ist die Annahme Savigny's (Besitz S. 426 ff.) widerlegt, daß das Interdict in der Formel: unde ille me vi deiecit, cum ego nec vi nec clam nec precario ab illo possiderem, ertheilt worden sei, und daß das „cum — possiderem“ nur der Exception wegen, nicht um das Besitzrequisit auszudrücken, das schon in dem unde me deiecisti enthalten sei, im Interdict gestanden habe.

[3]) Vgl. Rudorff, Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. Bd. 11 S. 345 ff.

Schriftsteller bis in die neuere Zeit treu geblieben sind, ist bereits oben (S. 121) besprochen. Neuere Schriftsteller haben neue Gesichtspunkte aufgestellt.

Während Savigny in dem deiecisti den Ausdruck des Besitzrequisites findet, meinen Keller[1]) und Bethmann-Hollweg,[2]) daß der Prätor bei dem i. de vi quotidiana Inhalts des Zwischensatzes „cum ille possideret" die Frage des Besitzes des Klägers zum Gegenstande einer Einrede neben der Einrede der possessio vitiosa ab adversario gemacht habe, und daß beide Einreden bei der vis armata weggefallen seien. Die Dejection soll also der eigentliche Klagegrund, sie soll aber exculpirt sein, wenn der Kläger überhaupt nicht oder wenn er vitiose ab adversario besitzt. Ich halte diese Auffassung der Worte „cum ille possideret" nicht für richtig. Die gedachten Worte haben weder die für die ständigen Interdictseinreden übliche Fassung[3]), noch ist die Behauptung des Beklagten, daß der Kläger nicht besitze, materiell geeignet, den Stoff einer Einrede zu bilden. Die Worte enthalten die eine der Voraussetzungen des prätorischen Befehls und stehen in dieser Hinsicht auf gleicher Stufe mit dem zweiten Erforderniſſe, der violenta deiectio.[4]) Beide Requisite stehen als zum Grundgedanken des Interdicts gehörig neben einander. Der Grundgedanke ist, daß der Besitzer gegen gewaltsame Dejection restituirt werden soll. Darin würde auch nichts geändert werden, wenn, was Keller und Bethmann-Hollweg annehmen, bei vis armata Restitution des Detentors gegen Dejection stattfände. Aber auch darin, daß das Interdict bei vis armata einem jeden Detentor gegeben ist, läßt sich den genannten Schriftstellern nicht beitreten. Dagegen spricht, daß bei Dejection des Procurators nicht dieser selbst, sondern der dominus das Interdict hat. Ebenso ist in der

---

[1]) Semestr. I. p. 301.

[2]) Röm. Civilproc. Bd. 2 S. 361 Note 89.

[3]) Vgl. Schmidt, Interdictenverfahren S. 107 ff.

[4]) Vangerow, Pandekten Bd. 3 § 690 Anm. 1 Nro. 1, faßt die Worte „cum ille possideret" in Verbindung mit den darauf folgenden „quod — possideret" als eine etwas gedehnte und schleppende Form für die exceptio vitiosae possessionis auf. Indem er aber die beiden Zwischensätze dahin wiedergibt: „vorausgesetzt, daß der Kläger besessen und zwar nec clam nec vi nec precario besessen hat," sagt er nichts anderes, als daß in dem ersten Satze der Besitz als Erforderniß des Interdicts hingestellt, und in den zweiten die exceptio vitiosae possessionis aufgenommen sei.

auf die vis armata sich beziehenden l. 3 de vi et de vi von dem decedere de possessione, von der possessio occupata (§ 7), vom dominus, qui in possessionem venit, vom invadere possessionem (§ 8) die Rede. Auch die Art, wie Ulpian in derselben lex (§§ 13 seq.) die Ausdehnung des Interdictes auf den Usufructuar und den Usuar rechtfertigt, deutet darauf hin, daß das Interdict nicht jedem Detentor gegeben ist. An eine Interpolation mit Unterdrückung alles dessen, was sich auf die Dejection anderer Detentoren bezogen, möchte schwerlich zu denken sein. Für die Meinung Kellers und Bethmann-Hollwegs spricht nichts, als einmal die Formel des i. de vi armata, dann die Argumentation Ciceros in der Rede pro Caecina. In ersterer Hinsicht ist allerdings nicht aufzuklären, aus welchem Grunde die Worte des einen Interdicts „cum ille possideret“ in dem anderen weggeblieben sind.[1]) Aus dem Processe des Cäcina geht aber nur so viel hervor, daß Cäcina durch den Zweifel, ob er vor der vis armata des Gegners Besitz gehabt hat, nicht gehindert worden ist, das Interdict zu extrahiren und seinen Gegner zur Sponsion zu veranlassen, und daß ein Redner wie Cicero durch Mangel an Aussicht auf Erfolg nicht abgehalten worden ist, mit dem Satze, Besitz sei kein Erforderniß des Interdicts, zu argumentiren. Dies fällt um so weniger in's Gewicht, als es sich für Cäcina und Cicero nicht darum gehandelt hat, den Nachweis zu führen, daß der Detentor das Interdict habe. Cicero hat vielmehr darlegen wollen, daß das Interdict dem gegeben sei, der, ohne Besitz zu haben, von dem Grundstück, das er als Besitzer betreten will, mit Waffengewalt abgewehrt wird. Ein bestimmtes Zeugniß, daß das Interdict dem Detentor gegeben ist, findet sich nirgend.

Voraussetzung des Interdicts ist ferner ein gewaltsames Handeln, durch welches der Verlust der Besitzes wider den Willen des bisherigen Besitzers eingetreten ist. Eine Gewalt, welche auf den Willen des Besitzers in der Art gewirkt hat, daß der letztere zu der Willensäußerung, seinen Besitz zu Gunsten des Anderen zu erledigen, veranlaßt worden ist, begründet das Interdict nicht. Als Fälle gewaltthätigen Handelns, wie es zum Interdict erfordert wird, werden

---

[1]) Daß die Worte in dem i. de vi quotidiana, wie Vangerow meint, blos dazu gedient haben, die exceptio vitiosae possessionis einzuführen, halte ich bei der knappen Sprache, die wir im Edict finden, für wenig wahrscheinlich.

aufgezählt: die Vertreibung des Besitzers oder bei Abwesenheit des letzteren die Vertreibung seiner familia oder seines Procurators durch Gewalt [1]), die Festnahme oder Gefangenhaltung des Besitzers oder, wenn er abwesend ist, seiner familia oder seines Procurators auf dem Grundstück [2]), die Zurückweisung des Besitzers, der nach zeitweiliger Abwesenheit auf sein Grundstück, auf dem er Niemand zurückgelassen hat, zurückkehrt, durch den, der sich inzwischen desselben bemächtigt hat [3]), die Zurückweisung des Besitzers oder dessen, der nach dem Willen desselben fortan Besitzer werden soll, durch denjenigen, der bis dahin im Namen des bisherigen Besitzers das Grundstück detinirt hat [4]), die Besitzergreifung in zeitweiliger Abwesenheit des Besitzers, während derselbe auf Veranstaltung des Ingredienten unterwegs festgehalten wird [5]). Die Gewalt muß eine vis atrox gewesen sein, d. h. nach der Analogie der actio quod metus [6]) eine solche, wie sie auf einen homo constantissimus mit Erfolg wirken kann.

In Bezug auf die Vertreibung des Besitzers vom Grundstück nehmen einige Schriftsteller eine Controverse unter den römischen Juristen für den Fall an, daß der Besitzer es zu unmittelbarer Ausführung von Gewaltthätigkeiten gegen seine Person nicht hat kommen lassen, sondern solchen durch Verlassen seines Grundstücks aus dem Wege gegangen ist. Auf diesen Fall beziehen sich folgende Stellen: l. 1 § 29 de vi et de vi. Ulpianus. — Labeo ait eum, qui metu turbae perterritus fugerit, vi videri deiectum. sed Pomponius ait vim sine corporali vi locum non habere, ergo [7]) etiam eum, qui fugatus est supervenientibus quibusdam, si illi vi occupaverunt possessionem, videri vi deiectum. — l. 3 §§ 6. 7. Ulpianus: Si quis autem visis armatis, qui alibi tendebant, metu hoc deterritus profugerit, non videtur deiectus, quia non hoc animo fuerunt qui armati erant, sed alio tendebant. Proinde et si, cum armatos

---

[1]) l. 1 § 28 de vi et de vi.

[2]) l. 1 §§ 46. 47. ib.

[3]) l. 1 § 24 ib.

[4]) l. 12. 18. ib.

[5]) l. 1 § 24 ib.

[6]) l. 1. 6. quod met. caus.

[7]) Die Florentina hat ego. Nach den Basiliken ist ergo zu lesen. Die letztere Lesart haben auch drei Pariser Manuscripte. Vgl. Savigny Besitz S. 346 Note 1.

audisset venire, metu decesserit de possessione, sive verum sive falsum audisset, dicendum est non esse eum armis deiectum, nisi possessio ab his fuerit occupata. — l. 9 pr. quod met. caus. Ulpianus: Metum autem praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi eius: et ita Pomponius — scribit. — denique tractat, si fundum meum dereliquero audito, quod quis cum armis veniret, an huic edicto (a. quod met. caus.) locus sit? et refert Labeonem existimare edicto locum non esse et unde vi interdictum cessare, quoniam non videor vi deiectus, qui deici non exspectavi, sed profugi. aliter atque si, posteaquam armati ingressi sunt, tunc discessi: huic enim edicto locum facere. — l. 33 § 2 de usurp. Julianus: Si dominus fundi homines armatos venientes existimaverit atque ita profugerit, quamvis nemo eorum fundum ingressus fuerit, vi deiectus videtur.

Savigny[1]) gewinnt aus diesen Stellen, ohne eine Controverse anzunehmen, den Satz, daß das Interdict zwar eine unmittelbar persönliche Gewaltthätigkeit — vis corporalis — erfordere, daß aber diese vis nicht wirklich ausgeübt zu sein brauche, sondern daß es genüge, wenn sie nur gedroht und von der anderen Seite vermieden worden sei. In der l. 1 § 29 de vi, für welche er die Lesart ergo vorzieht, findet er nicht den Ausdruck eines Streits zwischen Labeo und Pomponius. Ein solcher ist nach ihm durch die in der l. 9 pr. quod met. caus. zu Tage tretenden Uebereinstimmung beider Juristen betreffs der vorliegenden Frage ausgeschlossen. Pomponius soll vielmehr nur den unbestimmt gebliebenen Ausdruck des Labeo haben berichtigen wollen.

Vangerow[2]), welcher in der l. 1 § 29 de vi statt ergo ego liest, meint, daß es drei verschiedene Meinungen gegeben habe, 1) die in dem ersten Satze der l. 1 § 29 de vi erwähnte, mit der in der l. 33 § 2 de usurp. von Julian ausgesprochenen übereinstimmende Ansicht des Labeo, daß das Interdict schon stattfinde, wenn der Besitzer aus gegründeter Furcht vor gegenwärtiger Gefahr entflohen sei, 2) die Meinung des Pomponius, nach welcher die Anwendung wirklicher vis corporalis erfordert werde, 3) die im Schlußsatze der l. 1 § 29 vorgetragene vermittelnde Ansicht Ulpians, daß das Interdict nur

[1]) Besitz S. 346. 428 ff.
[2]) Pandekten Bd. 1 § 207 Anm. 2.

stattfinde, wenn zu der gegründeten Furcht vor gegenwärtiger Gefahr hinzukomme, daß der Drohende das verlassene Grundstück occupire. Die letztere Ansicht hält er für die von Justinian recipirte.

Bruns[1]) schließt aus l. 1 § 29 de vi, l. 9 pr. quod met. caus. und l. 33 § 2 de usurp., daß manche ältere Juristen ein wirkliches Hinauswerfen des Besitzers durch körperliches Handanlegen gefordert haben, und daß später die freiere Ansicht, welche schon Julian vertrete, allgemein angenommen worden sei. Diese Ansicht fixirt Bruns dahin, daß derjenige, welcher bei unmittelbar bevorstehender Dejection geflohen sei, das Interdict habe, wenn der Gegner nachmals den Besitz occupire oder sich sonst zeige, daß die Furcht eine gegründete gewesen sei.

Windscheid[2]) findet die Gewalt in der Geltendmachung physischer Kräfte. Er hält zwar nicht für erforderlich, daß es bei der Besitzentziehung zum Conflicte und zur wirklichen Ueberwältigung des Besitzers komme, sieht vielmehr auch den als vi deiectus an, der sich ohne Kampf zurückziehe, wenn physische Kräfte in der Absicht, ihn aus dem Besitze zu verdrängen, entfaltet werden. Er bemerkt jedoch unter Hinweis auf l. 1 § 29 de vi und l. 9 pr. quod met. caus., daß der aufgestellte Satz nicht von jeher, und nicht von jeher in diesem Umfange anerkannt worden sei.

Von einer eigentlichen Controverse unter den römischen Juristen kann ich mich nicht überzeugen. Zuerst möchte ich keinem römischen Juristen die Ansicht zutrauen, daß das Interdict immer ein Hinauswerfen im wörtlichen Sinne unter Anwendung einer auf den Körper des Besitzers unmittelbar ausgeübten Gewalt erfordere. Eine solche Gewalt kann Pomponius mit der vis corporalis nicht meinen. Freilich folgt aus der in der l. 9 pr. quod met. caus. referirten Ansicht des Pomponius nicht, welcherlei vis er für das Interdict erfordert habe. Aber es wäre absurd, den Schutz des Besitzes gegen Gewalt ausschließlich auf eine unmittelbare Anwendung von Gewalt auf den Körper des Besitzers zu stellen, und bei einer Drohung mit Gefahr für Leib und Leben solchen Schutz zu versagen.[3]) Daß in einer Drohung, wie sie Aebutius

[1]) Besitz S. 69.

[2]) Pandekten Bd. 1 § 160 Note 6.

[3]) Eine Controverse würde ich mir in der Art denken können, daß die

dem Cäcina gegenüber kund gegeben, das Requisit der zur Begründung des Interdicts erforderlichen vis gefunden werden muß, ist wohl schwerlich von römischen Juristen des classischen Zeitalters bezweifelt worden.[1]) Der Ausdruck „vis corporalis" muß daher auch die körperliche Gewalt umfassen, die dem Besitzer unmittelbar droht, und der in dem Ausspruch des Pomponius enthaltene Gegensatz der vis und der vis corporalis kann nur darin bestehen, daß vis corporalis im Gegensatze zu der für andere Rechtsmittel, z. B. das i. quod vi aut clam, hinreichenden vis diejenige Gewalt ist, bei der die Absicht dahin geht, daß Körper gegen Körper zu stehen kommt, wenn es der Gegner darauf ankommen lassen will. Wäre auch die Lesart ego die richtige, so würde in der l. 1 § 29 de vi eine principielle Verschiedenheit der Ansichten des Labeo, des Pomponius und des Ulpian noch nicht zu finden sein, sondern nur eine verschiedenartige Beleuchtung des Erfordernisses der vis: Pomponius würde sich am allgemeinsten ausgedrückt, Labeo das Erforderniß der vis concreter gefaßt und Ulpian dasselbe durch den Satz noch näher bestimmt haben, daß das Interdict begründet sei, wenn der andringende Haufe das verlassene Grundstück in Besitz nehme. Ulpian würde damit denselben Satz ausgesprochen haben, der in der l. 3 §§ 6. 7. de vi et de vi enthalten ist. Hier wird im Gegensatz zum alio tendere, bei dem von einer vis nicht die Rede sein kann, gesagt, daß das Interdict nicht anders begründet sei, als wenn die Bewaffneten das Grundstück in Besitz nehmen.[2]) Damit hat aber nur der unzweideutigste Gegensatz zu dem alio tendere ausgedrückt, aber gewiß nicht die Statthaftigkeit des Interdicts für den Fall verneint werden sollen, wenn die Bewaffneten, nach dem sie ihre Absicht, den Besitzer zum Aufgeben seines Besitzes zu nöthigen,

---

Frage streitig gewesen wäre, ob die Drohung mit Gewalt nicht vielmehr als eine Einwirkung auf den Willen des Besitzers, also als eine vis compulsiva, aufgefaßt werden müßte und daher nicht sowohl das i. unde vi, als die a. quod metus causa begründen könnte. Aber in dieser Hinsicht hat keine Controverse bestanden. Nach der l. 9 pr. quod met. caus. würde das profugere, wenn es zur Begründung des Interdicts nicht genügte, auch für die a. quod metus caus. nicht hinreichen.

[1]) Videte, ne hoc statuatis, qui vivus decesserit, ei vim non esse factam — sagt Cicero pro Caec. cap. 16 § 46. Was C. Piso, der Sachführer des Aebutius, darauf erwidert hat, ist freilich nicht bekannt.

[2]) Derselbe Gedanke wird von Paulus (rec. sent. 5. 6. 4) ausgesprochen.

erreicht haben, nicht selbst sogleich die Sache occupiren, sondern ihrem Auftraggeber erst Anzeige machen, und dieser sodann in den erledigten Besitz einzieht oder auch seinen Einzug noch aufschiebt. Daher finde ich in dem Julianschen Fragment keinen principiellen Gegensatz zu den Aussprüchen der anderen Juristen. Julian hat den Fall vor Augen, wenn die Bewaffneten in der Absicht kommen, den Besitzer zu vertreiben, sich aber, nachdem derselbe geflohen, damit begnügen, die possessio zu einer vacua gemacht zu haben.

Handelt es sich um eine Zurückweisung des Besitzers oder dessen, den derselbe zur Sache abgeschickt hat, durch den, der in der Abwesenheit des Besitzers sich des Grundstücks bemächtigt oder der bis dahin Namens des Besitzers das Grundstück detinirt hat, so muß in Analogie des Falles, welcher vorliegt, wenn der Besitzer der herannahenden Gewalt gewichen ist, ohne sich mit ihr zu messen, das Interdict schon dann als begründet erkannt werden, wenn der bisherige Besitzer oder sein Abgesandter bei dem Versuche, seinen Herrschaftswillen zum Ausdruck zu bringen, von dem Ingredienten oder dem bisherigen Besitzvertreter Zurückweisung erfährt und sich davon überzeugt, daß dieser Zurückweisung geeigneten Falls Nachdruck durch Anwendung von Gewalt werde gegeben werden. Zieht er sich vor einer solchergestalt drohenden vis zurück, ohne die Entwickelung der gegnerischen Streitkraft abzuwarten, so ist das Interdict gegeben. [1])

[1]) Savigny, Besitz S. 431, läßt den Besitzer, dessen Haus in seiner Abwesenheit besetzt wird, als deiectus das Interdict gebrauchen, wenn er gleich nicht einmal den Versuch macht, seinen Besitz mit Gewalt zu behaupten. Hiermit stimme ich überein. Aber S. 468 präcisirt Savigny seine Meinung dahin, daß das J. gegeben sei, auch wenn der Besitzer nicht wage zurückzukehren. Dieser Satz bedarf wenigstens näherer Bestimmung. Es kann allerdings der Fall eintreten, daß der Besitzer Leibesgefahr mit Grund zu befürchten hat, wenn er sich auf dem Grundstück blicken läßt. Und in einem solchen Falle wird dem Besitzer nicht zuzumuthen sein, das Grundstück zu betreten. Blutige Köpfe setzt das J. in keinem Falle voraus (Jhering Grund des Besitzschutzes S. 125). Aber die Erklärung des Willens, Herr zu bleiben, dem Ingredienten gegenüber und die Aufforderung an den letzteren, das Object der Occupation zu räumen, kann dem Besitzer nicht erspart werden. Denn wie ungeberdig der Ingredient sich auch stellen mag, von einer vis gegen den Besitzer kann erst die Rede sein, wenn Willensausdruck gegen Willensausdruck steht und mit Grund zu befürchten ist, daß der Ingredient seinem Willen, Herr zu sein, durch Gewaltthat Nachdruck gegeben werde. — Vgl. oben S. 329 ff.

Die Formel des i. de vi quotidiana enthielt die ständige Einrede des fehlerhaften Besitzes. Dem i. de vi armata gegenüber fand die Einrede nicht statt. Gegen das letztere aber wurde nach Cicero ad fam. VII ep. 13 die exceptio, quod tu prior hominibus armatis non veneris gegeben. Das praktische Resultat stellt sich also dahin, daß ein mit Waffengewalt ab adversario erlangter Besitz niemals Anspruch auf Interdictenschutz hatte, während ein zwar fehlerhaft, aber ohne Waffengewalt erlangter zwar nicht gegen vis quotidiana, aber doch gegen vis armata wiederhergestellt wurde. In der Rede pro Caecina cap. 8. sagt indeß Cicero: P. Dolabella praetor interdixit, ut est consuetudo, de vi hominibus armatis sine ulla exceptione tantum, ut unde deiecisset restitueret. Die fragliche Einrede ist also entweder keine ständige gewesen, sondern nur nach Gelegenheit des Falles in die Interdictsformel aufgenommen worden, oder sie ist schon zu Cicero's Zeit im Verschwinden begriffen gewesen. Ulpian kennt sie nicht mehr, wie aus l. 3 § 9 de vi et de vi: Eum — qui cum armis venit, possumus armis repellere, sed hoc confestim, non ex intervallo — hervorgeht.

In der Formel des i. de vi quotidiana wird dem Dejicirten zum Nachsuchen des Interdicts eine einjährige Frist von dem Zeitpunkte der Dejection an gegeben. Die Frist wird als Voraussetzung der Wirksamkeit des Interdicts hingestellt. Sie ist aber eine eigentliche Verjährungsfrist und damit die Einrede der Verjährung in das Interdict aufgenommen. Das Jahr ist ein annus utilis. Das i. de vi armata ist an keine Frist gebunden.

Das Interdict ist ein restitutorisches. Der Dejicient muß alles restituiren, was der vorige Besitzer durch die Dejection verloren hat,[1] nämlich das Grundstück selbst, ferner alle beweglichen Sachen, welche sich zur Zeit der Dejection auf dem Grundstück befunden haben, auch wenn der Besitzer des Grundstücks nicht auch ihr Besitzer gewesen ist,[2] die Früchte, welche von der Sache hätten gezogen werden können,[3] und allen Schaden, der dem Dejectus aus der Dejection entstanden ist. Werthsverringerung und Untergang der Sachen, welche in die Restitution fallen, muß der Deji-

[1]) l. 1 § 31 seq. de vi et de vi.
[2]) l. 1 § 33. ib.
[3]) l. 1 § 40. ib.

cient tragen.[1]) In Ansehung der beweglichen Sachen, welche sich auf dem Grundstück befunden haben, wird eintretenden Falls die Erweiterung der Haftpflicht des Dejicienten durch Einfügung der Worte: quaeque ille tunc ibi habuit, in die Formel des Interdicts ausgesprochen.

Das Interdict wird gegeben, bis der fraglichen Restitutionspflicht vollständig entsprochen ist. Hat der Dejicient auch ohne Erlaß eines Interdicts das Grundstück restituirt, so kann der Dejectus das Interdict dennoch in Ansehung alles übrigen, was er zu fordern hat, nachsuchen.[2])

Zur vollen Restitution ist der Dejicient verpflichtet, ohne Rücksicht darauf, ob er Besitzer ist, ob er den Besitz wieder aufgegeben oder an einen Dritten verloren, oder ob er überhaupt keinen Besitz gehabt hat.[3]) Mehre Dejicienten haften, wie bei Delictsobligationen, in solidum. Als Dejicient gilt auch der, in dessen Auftrage oder auf dessen Befehl die Dejection geschehen ist.[4]) Mit dem Auftraggeber haftet der Procurator in solidum.[5]) Dem Auftrage steht die Ratihabition einer negotiorum gestio gleich.[6])

Modificirt, beziehungsweise eingeschränkt ist die Haftpflicht desjenigen bestimmt, dessen Sclaven die Dejection vorgenommen haben, wenn er selbst die Dejection weder befohlen, noch ratihabirt hat. Der dominus haftet in Höhe dessen, quod ad eum pervenit, und kann sich von einer weiteren Haftung durch noxae datio frei machen.[7]) Auf das, quod ad eum pervenit, ist die Haftpflicht ferner beschränkt, wenn ein filius familias, ein mercenarius, überhaupt ein solcher, der in einem Abhängigkeitsverhältniß zum Beklagten steht, welches die rechtliche Möglichkeit eines für den letzteren durch die That des Dejicienten eintretenden Erwerbes begründet, die Dejection vorgenommen hat, ohne daß dieselbe vom Beklagten befohlen oder genehmigt worden ist.[8]) Mit derselben Einschränkung findet das

---

[1]) l. 1 § 34—39. 41. ib.
[2]) l. 1 § 32 ib.
[3]) l. 1 § 42 ib.
[4]) l. 1 § 12 ib.
[5]) l. 1 § 13 ib.
[6]) l. 1 § 14 ib.
[7]) l. 1 § 15. 19 ib.
[8]) l. 1 § 20 ib.

Interdict gegen den statt, in dessen Namen, jedoch ohne Auftrag oder Ratihabition, der Dejicient seine vis verübt hat. In allen diesen Fällen findet die Haftung auf das id quod ad eum pervenit, unbeschadet der uneingeschränkten Haftung desjenigen statt, der die Dejection selbst vorgenommen hat. Auch der Erbe haftet auf Höhe der Erbschaftsbereicherung.[1]) Auf Höhe der vorhandenen Bereicherung wird das Interdict auch nach Ablauf des annus utilis vom Zeitpunkte der Dejection an gegen den Dejicienten und alle sonst Verpflichtete gegeben.

Das auf die Ertheilung des Interdicts folgende Verfahren fand sine poena statt, wenn der Beklagte unmittelbar nach Ertheilung des Interdicts, bevor sich die Parteien vom Prätor entfernten, die Bestellung eines Arbiters über die Frage, ob und was er zu restituiren habe, nachsuchte. Die actio arbitraria wurde darauf nach der vom Prätor ertheilten Formel verhandelt, das arbitrium de restituendo gegeben und die Verurtheilung zu dem, quanti ea res est, ausgesprochen. Ging der Beklagte schweigend vom Prätor fort, so hatte der Kläger, wenn er vom Beklagten nicht zufrieden gestellt wurde, die Befugniß, die Einleitung des Verfahrens cum poena herbeizuführen. Er provocirte den Beklagten zur Sponsion. Der Beklagte mußte auf dieselbe eingehen, und der Kläger war seinerseits verpflichtet, mit dem Beklagten die von diesem begehrte Restipulation abzuschließen. Seiner Weigerung, das vom Kläger Verlangte zu leisten, gab der Beklagte bei den Sponsionen Ausdruck mit der Behauptung: restitui, gleichviel, ob er die Voraussetzungen des Interdicts bestreiten oder den Kläger befriedigt haben oder Exceptionen geltend machen wollte. Auch wurde vom Prätor, wenn es zu den Sponsionen kam, ein Arbiter bestellt, um für den Fall des Obsiegens des Klägers im Sponsionsprozesse ein arbitrium de restituendo abzugeben und den Beklagten bei Nichtbefolgung desselben zu dem quanti res est zu verurtheilen.[2])

Die erste mit dem Rechtsmittel vorgegangene Veränderung ist die zur Zeit Diocletians geschehene, durch den Wegfall der Trennung von ius und iudicium bedingte Verwandelung des Rechtsmittels in eine actio recuperandae possessionis. Mit dem Aufhören des Ver-

[1]) l. 1 § 48 ib.

[2]) Gai IV §§ 141. 162—165; Cicero pro Caecina cap. 8. 32.

fahrens in iure blieb von dem alten Verfahren nur noch die actio arbitraria zum Zwecke der Restitution des verlorenen Besitzes mit dem arbitrium de restituendo und der Condemnation des Beklagten zur Leistung des quanti res est übrig. In den materiellen Voraussetzungen des Rechtsmittels trat keine Aenderung ein.

Ueber fernere mit dem Rechtsmittel in der späteren Kaiserzeit vorgegangene Veränderungen wird gestritten. Neuerdings ist wiederum der Versuch gemacht worden, die nach Cujacius (vgl. oben S. 152 f.) in der römischen Kaiserzeit entstandene allgemeine Besitzrückforderungsklage quellenmäßig zu begründen. In der neueren Zeit war dies Rechtsmittel von der Theorie wohl vollständig aufgegeben. Savigny hatte die Lehre von einem durch die Constitutionen eingeführten allgemeinen Rechtsmittel, wodurch jeder verlorene Besitz wieder gefordert werden könnte, erfolgreich mit dem Hinweise darauf bekämpft, daß Justinian in den Pandekten ganz das alte Recht aufgenommen habe, daß dasselbe auch in den Institutionen, und zwar hier mit einigen, von Justinian selbst vorgenommenen Modificationen vorgetragen sei, und daß selbst in einer der jüngsten Constitutionen, der c. 11 unde vi, das alte Recht als geltend vorausgesetzt werde.[1])

Dagegen ist Ihering[2]) mit den Waffen des Cujacius für das remedium momentaneae possessionis wieder in die Schranken getreten. Das Gesammtresultat seiner Untersuchungen faßt er dahin zusammen: sowohl für bewegliche als unbewegliche Sachen gelte im heutigen Rechte, und zwar schon nach Grundsätzen des justinianischen Rechtes, der Satz, daß der Besitzer gegen jede Besitzaneignung von Seiten eines Dritten, die sich nicht (wie im Falle des dolus oder metus) auf seinen eigenen Willen zurückführen lasse[3]), possessorischen Schutz beanspruchen dürfe; die näheren Umstände dieser Besitzaneignung, ob sie gewaltsam oder heimlich oder aus Irrthum geschehen sei, ob dolus oder Versehen einer dritten Person dabei mitgewirkt habe, seien gleichgültig, Kläger habe nichts zu beweisen, als seinen bisherigen Besitz und wie derselbe an den Beklagten gelangt sei. Auf das Detail seiner Ausführungen ist indeß nicht näher einzugehen,

---

[1]) Besitz S. 466 ff.

[2]) Jahrb. für Dogm. Bd. 9 I. S. 85—122; Grund des Besitzesschutzes S. 104—124.

[3]) In diesem Punkte weicht Ihering von Cujacius ab.

da die Nichthaltbarkeit der Stützen derselben von Bruns[1]) bereits so schlagend dargelegt worden ist, daß der Vorwurf Ihering's, es sei unbegreiflich, wie man die von ihm angenommene Entwickelung des Rechtsmittels in der späteren Kaiserzeit zu ignoriren oder zu bestreiten vermöge, mit Grund zurückgegeben werden kann.[2]) Die Auffassung Ihering's ist eben auch nur aus dem Bestreben hervorgegangen, Rechtsideen, die man nicht missen mag, als römischrechtliche anzusprechen. Diese Rechtsideen entsprechen den gegenwärtigen Rechtsbedürfnissen gewiß in höherem Grade, als die römischen; ebenso wie die Resultate, zu denen die Glossatoren und ihre Nachfolger in der Auffassung des Besitzschutzes gekommen sind, darin ihre Erklärung finden, daß jene Juristen unbeschadet ihrer Hingabe an das römische Recht die Rechtsideen, die in ihnen vermöge der Zeit, in der sie lebten, lebendig waren, im römischen Recht wiederfanden, weil sie in demselben das ewige Recht, das Recht an sich, zu finden vermeinten.

Nur eine Erweiterung hat das Interdict oder die actio ex causa interdicti in der späteren Kaiserzeit erhalten, nämlich durch die c. 11 unde vi. Justinian verordnet: Cum quaerebatur inter Illyricianam advocationem, quid fieri oporteret propter eos, qui vacuam possessionem absentium sine iudiciali sententia detinuerunt, quia veteres leges nec unde vi interdictum nec quod vi aut clam vel aliam quandum actionem ad recipiendam talem possessionem definiebant, violentia in ablatam possessionem minime praecedente, nisi domino tantummodo in rem actionem exercere permittentes: nos non concedentes aliquem alienas res vel possessiones per suam auctoritatem usurpare sancimus talem possessorem ut praedonem intelligi et generali iurisdictione ea teneri, quae pro restituenda possessione contra huiusmodi personas veteribus declarata sunt legibus. —

---

[1]) Besitzklagen S. 84—134.

[2]) Dasselbe gilt von der Seitens Ihering's (Besitzesschutz S. 126) gegen Savigny vorgebrachte Klage über die Macht vorgefaßter Meinungen. Ich weiß keinen Schriftsteller, bei dem von vorgefaßten Meinungen, d. h. vom Hineintragen der eigenen Gedanken in die Rechtsbücher und vom Herausholen dieser Gedanken als römischrechtlicher, weniger die Rede sein kann, als Savigny. Aber die Frage möchte ich nicht entscheiden, ob einer der hervorragenderen Schriftsteller über den Besitz seit Savigny von dem Vorwurf, mit vorgefaßten Meinungen zu operiren, in höherem Grade getroffen werden kann, als Ihering.

Savigny[1]) meint, das Gesetz sei für den Fall bestimmt, in welchem der Besitzer durch eine längere Abwesenheit und Vernachlässigung seines Besitzes, wie sie in der l. 37 § 1 de usurp. vorausgesetzt werde, seinen Besitz verloren und ein Anderer die possessio vacans occupirt habe. Auf diesen Fall, für den keine der bisherigen possessorischen Klagen, ja keine Klage überhaupt außer der Vindication gegolten habe, wolle Justinian das i. unde vi angewendet wissen.

Gegen Savigny macht Ihering[2]) geltend, daß dessen Meinung dem Kaiser Justinian die Ungeheuerlichkeit aufbürde, für einen vom Besitzer selbst aufgegebenen Besitz einen Besitzschutz geschaffen zu haben, und daß jene Ansicht auch mit den Worten: violentia in ablatam possessionem minime concurrente nicht zu vereinigen sei. Unter possessio vacans versteht Ihering einen fortdauernden Besitz, der jedoch vom Besitzer weder unmittelbar noch durch einen Stellvertreter ausgeübt werde. Das Gesetz soll einmal den Fall, welcher vorliegt, wenn der Besitzer sich vom Grundstück entfernt hat, ohne einen Vertreter auf demselben zurückgelassen zu haben, dann aber auch den Fall, wenn der Besitzvertreter selbst sich entfernt hat, treffen.

Bruns, welcher vorher[3]) die Ansicht Savigny's getheilt hatte, ist neuerdings[4]) Ihering darin beigetreten, daß unter der possessio vacans absentis ein noch fortdauernder Besitz zu verstehen sei, weil, wenn auch das Argument der Ungeheuerlichkeit nicht anzuerkennen sei, von einer possessio vacua absentis nicht die Rede sein könne, wenn der Besitz zur Zeit schon aufgehört habe. Die possessio vacua absentis ist nach ihm dann vorhanden, wenn der Besitzer zur Ausübung des Besitzes einen Repräsentanten bestellt und dieser sich entfernt hat. Sie ist also der Besitz, welcher trotz der Entfernung des Repräsentanten von der Sache fortdauert und erst mit der Occupation der Sache durch einen Dritten aufhört. (Vgl. oben S. 344 ff.) Auf den Fall, daß der Besitzer, ohne einen Vertreter zurückzulassen, sich entfernt und ein Anderer demnächst den Besitz occupirt hat, bezieht Bruns das Gesetz darum nicht, weil hier der Besitz nicht schon mit der Occupation seitens des Anderen verloren werde, sondern bis zum repelli oder suspicari nos posse repelli fortdauere.

---

[1]) Besitz S. 469 f.

[2]) Grund des Besitzesschutzes S. 120 ff.

[3]) Jahrb. des gem. deutschen Rechts Bd. 4. I. S. 65.

[4]) Besitzklagen S. 120 ff.

Das Gesetz führt sich als ein solches ein, welches für einen Fall Bestimmung trifft, in welchem das bisherige Recht kein possessorisches Rechtsmittel, sondern nur eine petitorische Klage gegeben hat. Eine Hauptschwierigkeit besteht in der Frage, wie das Gesetz sich zur c. 12 de poss. verhält. Wäre die Bruns'sche Ansicht richtig, daß die Worte der c. 12 de poss.: ut nihil penitus domino praeiudicii generetur, zwar mit der Entfernung des Repräsentanten vom Grundstück die Wirkung des Besitzverlustes für den Repräsentirten nicht verbinden, aber dem Eintritt des Dritten in den locus apertus die gedachte Wirkung beilegen wollten, so ließe die c. 12 de poss. eine Lücke offen, indem sie für den Fall eines unmittelbar auf das prodere folgenden ingredi seitens eines Dritten keine Entscheidung träfe. Und für diese Lücke würde die c. 11 unde vi das Complement sein können. Aber das prodere der c. 12 de poss. läßt sich unmöglich aus einander reißen in der Art, daß die Räumung des Grundstücks durch den Vertreter dem Besitzer nicht zum Präjudicium gereichen soll, wohl aber die Ingression des tertius, cui possessio proditur.[1]) Ein unmittelbar auf das prodere folgendes ingredi — und dies wird der regelmäßige Fall sein, den das Gesetz in seiner Beziehung auf das prodere treffen will — würde dem Gesetz nach der Bruns'schen Ansicht in der fraglichen Beziehung die regelmäßige Möglichkeit seiner Anwendung nehmen. Will aber die c. 12 de poss. aussprechen, daß die possessio des Repräsentirten trotz des prodere und des ingredi fortdauert, so ist die fragliche Lücke für die c. 11 unde vi nicht vorhanden. Beide Gesetze können sich auf einen und denselben Fall nicht beziehen. Es muß eine andere Lücke gesucht werden, in die das Gesetz paßt.

Im § 74 ist davon die Rede gewesen, daß die Fortdauer des Besitzes eines Abwesenden, der auf dem Grundstück keinen Vertreter zurückgelassen hat, nach der Auffassung der classischen Juristen auf die Fälle einer Abwesenheit zu beschränken ist, wie sie nach den Verhältnissen des Besitzers dann und wann vorzukommen pflegt oder wie sie durch die Art der Nutzung des Grundstücks bedingt ist. Diese Fälle werden von der c. 11 unde vi nicht getroffen, da für sie schon anderweit gesorgt gewesen ist. Es bleibt also für das neue Gesetz kein Raum zur Geltung, wenn es nicht auf Fälle bezogen

[1]) Vgl. oben S. 351 Note.

wird, in denen das ältere Recht eine Fortdauer des Besitzes bis zur Occupation seitens dessen, der nach dem Gesetz als praedo gelten soll, nicht anerkannt hat. Es sind dies Fälle einer längeren Abwesenheit. Schwierigkeit machen dabei die l 4 § 27. l. 37 § 1 de usurp., nach welchen Stellen die durch negligentia oder longa absentia zu einer vacans gewordene possessio von einem Andern occupirt werden kann, ohne daß der zurückkehrende dominus, wenn er bei dem Versuch, seinen Herrschaftswillen dem Occupanten gegenüber zur Geltung zu bringen, zurückgewiesen wird, das i. unde vi haben soll, und die Constitutionen des Codextitels de omni agro deserto. Eine Abgrenzung des Wirkungsbereichs der c. 11 unde vi und jener anderen Bestimmungen scheint mir in folgender Weise möglich zu sein: In allen den Fällen, in denen der possessor negligens vel absens sich in bewußter Gleichgültigkeit dagegen verhält, ob die Sache in den Besitz eines Anderen kommt, treten die Bestimmungen der l. 37 § 1 und l. 4 § 27 de usurp. in Wirksamkeit: der Occupant ist trotz der c. 11 unde vi kein praedo und der vorige Besitzer ist auf die petitorische Klage angewiesen. Hierher gehört der Fall, wenn der Besitzer sein Grundstück verläßt, um den Lasten seines Grundbesitzes eine Zeit lang aus dem Wege zu gehen. Zwischen diesem Falle und den Fällen, in denen die classischen Juristen Fortdauer des Besitzes trotz der Occupation seitens eines Dritten angenommen haben, in der Mitte liegend können eine Reihe von Fällen gedacht werden, in denen nach den Pandekten eine Besitzfortdauer nicht stattfand, die also ebenso behandelt werden mußten, wie die Fälle, in denen der Besitzer gegen die Ingression eines Anderen gleichgültig war. Bei der Größe der Kluft zwischen dem ad nundinas profectus und dem Besitzer von Weidegründen, die sich nur in einer bestimmten Jahreszeit nutzen lassen, auf der einen Seite, und dem possessor negligens, der sich in eine andere Provinz begibt, weil er die Steuern und sonstigen Lasten seines Grundbesitzes nicht erschwingen kann, auf der anderen Seite erschien eine Aushilfe für die dazwischen liegenden Fälle angezeigt, und sie wurde mit der c. 11 unde vi gegeben. Mit der Rechtsconsequenz läßt sich diese Bestimmung in der Art vereinigen, daß man den Besitz des Abwesenden bis zur Occupation ebenso fortdauern läßt, wie den Besitz des ad nundinas profectus bis zum repelli oder suspicari se posse repelli. Den Gedanken der Besitzfortdauer brauchte das Gesetz nicht auszusprechen. Die Zurückführung eines neuen Ge-

setzes auf die Consequenz des Rechtsbegriffs war der Wissenschaft zu überlassen.

Auffallen kann es, daß in dem durch die c. 11 unde vi vorgesehenen Falle, nicht dieselbe Aushilfe gewählt worden ist, wie in dem Falle der c. 12 de poss. Die Annahme der Besitzfortdauer trotz der Occupation scheint in jenem Falle ebenso nahe gelegen zu haben, wie in diesem, und es scheint, zumal mit Rücksicht auf die Analogie des ad nundinas profectus, der seinen Besitz behält, sogar consequenter zu sein, in dem Occupanten einen praedo nicht schon um der Occupation willen, sondern erst dann zu sehen, wenn er dem Zurückkehrenden nicht weicht. Einen in der Sache liegenden Grund, um die Bestimmung in der gedachten Richtung zu erklären, weiß ich nicht aufzufinden. Der Gesetzgeber hat vielleicht eine größere Energie zeigen wollen, indem er den Occupanten als praedo hingestellt hat.

Nach den Worten der Constitution: Ridiculum etenim est dicere vel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupaverit. Omnes autem scire debent, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere — setzt die neue Klage voraus, daß der Occupant wissen mußte oder doch bei der schuldigen Aufmerksamkeit wissen konnte, daß der Abwesende nicht die Absicht habe, seinen Besitz aufzugeben, daß er vielmehr beabsichtige, zurückzukehren und den Besitz wieder auszuüben. Diese Begrenzung des Klagerechts wird durch die l. 37 § 1 und die l. 4 § 27 de usurp. nothwendig. Daß die Klage gegen den Singular-Successor des Occupanten gegeben ist, kann ich in der Constitution um so weniger finden, als die Klage der actio ex causa interdicti unde vi nachgebildet ist, bei welcher die Haftung des Singular-Successors, auch wenn derselbe von der Dejection Kenntniß hat, ausgeschlossen ist.

Eine weitere Aenderung, aber keine eigentliche Erweiterung hat das i. unde vi damit erhalten, daß Justinian den Unterschied zwischen der vis armata und der vis quotidiana aufgehoben hat. Für das durch die Verschmelzung der früheren beiden Klagen entstandene Rechtsmittel ist von dem i. de vi armata die Ausschließung der exceptio vitiosae possessionis hergenommen, während die anderen Bestimmungen des Rechtsmittels die des i. de vi quotidiana sind. Nach justinianischem Rechte wird also alle possessio vitiosa gegen vis deiectiva geschützt, sie entbehrt aber des Schutzes gegen vis turbativa.

IV. Das interdictum de precario.

Das Precarium soll die Form gewesen sein, unter welcher die Patrone den Clienten Grundstücke des ager publicus verliehen haben, und es soll seine Fortdauer dem Bedürfniß verdanken, eine Form zu finden, unter der bei dem contractus fiduciarius dem Pfandschuldner der Gebrauch der Sache habe verschafft oder belassen werden können. Genügend indicirt ist durch die Art der Behandlung des Precariums im justinianischen Rechte weder die eine Annahme, noch die andere. Ager publicus und fiducia sind in demselben verschwunden. Das precarium ist bestehen geblieben und erfreut sich einer besonders gründlichen und aufmerksamen Behandlung. Es muß also auch ein vom ager publicus und von der fiducia unabhängiges Bedürfniß für dasselbe bestehen geblieben sein, welches in früherer Zeit ebenso vorhanden gewesen wie in späterer entstanden sein kann.

Das precarium war die Erscheinungsform für die ohne alle Rechtsform geschehende widerrufliche Ueberlassung der Nutzung von Grundbesitz an einen Anderen, bei welcher der Empfänger dem Ueberlassenden gegenüber klaglos war, während ihn gegen Andere die possessorischen Interdicte schützten. Später wurde es auch für die Ueberlassung beweglicher Sachen und für die Gestattung der Ausübung des Stoffs servitutischer Rechte verwendet.[1]) Das i. de precario war ursprünglich das einzige Rechtsmittel, mit welchem der Rogatus vom Precaristen Herausgabe der Sache verlangen konnte. Später gab man dem Rogatus eine actio praescriptis verbis zu diesem Zwecke, die electiv mit dem i. de precario concurrirte.[2])

Das Interdict ist kein possessorisches Rechtsmittel in dem Sinne, wie die bisher besprochenen Interdicte.[3]) Denn es ist von allem gegenwärtigen und früheren Besitze des Klägers unabhängig. Gegenwärtigen Besitz kann der Rogatus nicht haben, wenn der Precarist Besitzer geworden ist, weil die possessio des Precaristen den gleichzeitigen Besitz des Rogatus ausschließt. Aber der Rogatus braucht nicht einmal Besitzer gewesen zu sein. Das Interdict

---

[1]) l. 3 de prec.

[2]) l. 2 § 2 ib. Vgl. oben S. 59 f. 63.

[3]) Vgl. Unterholzner in der tüb. krit. Ztschr. Bd. 4 S. 396, Bruns Besitz i. M. A. S. 62, Ihering Besitzesschutz S. 97—101, Bruns Besitzklagen S. 180—184. — Savigny hat das Interdict als ein possessorisches Rechtsmittel aufgefaßt und behandelt.

findet statt, wenn der bisherige Besitzer der Sache von dem Eigenthümer, auch wenn der letztere niemals Besitzer gewesen ist, die Erlaubniß erhalten hat, precario weiter zu besitzen.[1]) Es steht dem Universalsuccessor des Rogatus, sogar dem Singularsuccessor, an den der Rogirte die precario weggegebene Sache veräußert hat, gegen den Precaristen zu, auch wenn der Successor die Sache niemals besessen hat.[2]) Es ist endlich auch dem gegeben, der dem Precaristen die Sache eines Dritten zum Gebrauch verschafft hat.[3]) Die Mittelsperson steht in diesem Falle dem, der die Sache von dem Dritten erhalten, als Rogatus gegenüber und hat gegen den Empfänger das Interdict, ohne je Besitzer gewesen zu sein, während gegen sie selbst, da sie die Sache nicht für sich erbeten hat, das Interdict nicht gegeben ist. Das Interdict kann daher zwar als ein dem Besitzschutz dienstbares Rechtsmittel insofern angesehen werden, als es den früheren Besitzer, der die Sache einem Anderen auf Widerruf anvertraut hat, gegen Vertrauensmißbrauch schützt.[4]) Aber es hat seine causa nicht im Besitze, sondern in einer Willenseinigung, durch welche das rem habere des Einen dem Anderen gegenüber widerruflich gemacht worden ist, oder nach welcher es dies, wenn der Precarist die Sache erst auf Grund der Willenseinigung erhalten hat, von Anfang an ist. Der Zurückführung des Interdicts auf eine Willenseinigung, auf einen Vertrag, freilich ohne actio, die erst später mit ihm verbunden worden ist, entspricht auch der Uebergang des Precariums mit dem Interdict auf den Erben des Rogirten, während die Befugniß des Singularsuccessors zur Anstellung des Interdicts durch die Annahme eines zwischen diesem und dem Precaristen stillschweigend zu Stande gekommenen neuen Vertrages erklärt werden muß. Daß das Interdict nicht gegen den, qui precario rogavit, sondern nur gegen den, qui precario habet aut

---

[1]) l. 18 de prec.

[2]) l. 8 §§ 1. 2., l. 12 § 1 ib.

[3]) l. 8 pr. ib.

[4]) In diesem Sinne muß die oben (S. 63) gemachte Bemerkung, daß für das Institut des Precariums bis zur Einführung der actio praescriptis verbis kein anderer Schutz, als der Besitzschutz existirt habe, in ihrer Beziehung auf das Verhältniß des Concedenten zum Empfänger verstanden und restringirt werden.

dolo malo fecit, ut desineret habere,[1]) gegeben wird, hindert nicht, den Grund des Interdicts in einem Vertrage zu finden. Es wird damit nur der Umfang der Haftung des Precaristen der Natur des Vertrages entsprechend festgesetzt.

V. Die Wegeinterdicte.

Die Formel des i. de itinere actu via ist folgende: Quo itinere actuque privato, quo de agitur, vel via hoc anno nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quominus ita utaris, vim fieri veto.[2])

Damit der usus itineris actus viae das Interdict begründe, müssen Ausübungshandlungen in dem letzten Jahre an wenigstens dreißig Tagen vorgekommen sein.[3])

Wäre bei der Fixirung der Erforderniſſe des Interdicts der leitende Gedanke der gewesen, ein Analogon des Sachbesitzes in dem usus iuris hinzustellen, so würde es am nächsten gelegen haben, Mangels der Möglichkeit eines usus continuus nichts weiter zu erfordern, als daß der Besitzer des praedium dominans zum praedium serviens in ein Verhältniß getreten wäre, aus dem sein Wille, das praedium serviens als dem von ihm besessenen Grundstück dienstbar anzusprechen, erhellte; und man würde sich damit begnügt haben, den usus nach den regelmäßigen Bedürfnissen des praedium dominans zu bestimmen. Statt dessen hat man den usus in der Art präcisirt, daß dabei die Rücksicht auf die gewöhnlichen Bedürfnisse, denen die servitutes itineris actus viae abhelfen sollen, als das leitende Prinzip sich überhaupt nicht erkennen läßt.

Durch derartige Erwägungen ist Huschke veranlaßt worden, eine anderweite Erklärung der dreißig Tage zu versuchen. Er führt aus, da die menschliche Bewegung über Grundstücke nicht immerwährend, sondern nur bei entstehendem Bedürfnisse stattfinde, folglich immer nur ein Stück von dem annus der Dauer nach verstanden werden könne, wenn aber ein Stück hinlänglich sei, auch das kleinste ge-

---

[1]) l. 4. § 2., l. 8 § 3 ib.

[2]) l. 1. pr. de itin.

[3]) l. 1 § 2 ib.

nügen müsse, und das nächstliegende ein Monat sei, so müsse der Gebrauch von dreißig Tagen hinreichen.[1]) Es ist indeß schwerlich anzunehmen, daß man die dreißig Tage aus dem Grunde gewählt hat, weil ein Monat das nächstliegende Zeitmaß nach dem Jahre ist.

Dagegen ist Althof durch den Mangel eines „paßlichen Verhältnisses" zwischen den dreißig Tagen und den gewöhnlichen ökonomischen Bedürfnissen, denen Wege abhelfen sollen, dahin geführt worden, das Requisit eines dreißigtägigen usus überhaupt abzulehnen. Er versteht den Satz Ulpians: „Sive habuit ius viae, sive non habuit, in ea condicione est, ut ad tuitionem praetoris pertineat, si modo anno usus est vel modico tempore, id est non minus quam triginta diebus," dahin, das Interdict sei gegeben, wenn der Besitzer des praedium dominans nur den Weg innerhalb eines (des letzten) Jahres oder innerhalb einer mäßigen Zeit, d. h. innerhalb nicht weniger als dreißig Tage, gebraucht habe, so daß zwischen dem Anfange und dem Ende des Gebrauchs ein modicum tempus von mindestens dreißig Tagen liegen müsse, und es vom richterlichen Ermessen abhänge, in welchem Maße dies modicum tempus durch Gebrauchshandlungen ausgefüllt sein müsse.[2]) Diese Auffassung ist mit dem Worte „diebus" in dem obigen Ausspruch Ulpians nicht verträglich. Es würde statt dessen „dierum" heißen müssen.

Das Requisit der dreißig Tage scheint mir darauf zu beruhen, daß das Interdict ursprünglich eine Rechtshilfe für den Fall geben sollte, wenn die betheiligten Grundstücksbesitzer dahin übereingekommen waren, daß das eine Grundstück dem andern in der Weise dienen sollte, als wäre dem einen zu Gunsten des anderen eine Servitut wirklich auferlegt, wenn aber entweder die civilrechtliche Form der Servitutbestellung verabsäumt oder die Beobachtung derselben unmöglich war.[3]) Daraus würde sich erklären, daß ein Maß des usus vorgeschrieben wurde, welches von vornherein ausschloß, daß ohne und wider den Willen des Besitzers des praedium serviens die Voraussetzungen des Interdicts entstehen konnten. Die Folge war,

[1]) Tüb. krit. Zeitschr. Bd. 2. S. 361 f.

[2]) Das i. de it. act. priv. Rinteln 1836. — Vangerow, Pandekten Bd. 1. § 355 Anm. 1., Hoffmann, Lehre von den Servituten Bd. 2 S. 268 ff. und Holzschuher, Civilrecht Bd. 2. S. 59. haben sich Althof angeschlossen.

[3]) Vgl. oben § 80.

daß das Interdict in den Fällen nicht statt fand, in denen die Bedürfnisse des praedium dominans hinter dem fraglichen Maß des usus zurückblieben.

Der dreißigtägige usus braucht nicht von dem Besitzer des praedium dominans, der als Kläger auftritt, selbst und unmittelbar vorgenommen worden zu sein. Hat er dem Willen, daß dem von ihm besessenen Grundstück das andere dem Rechtsstoff der Servitut entsprechend thatsächlich diene, selbst oder durch Repräsentanten in dem usus iuris Ausdruck gegeben, so zählen alle die Gebrauchshandlungen zu seinen Gunsten, welche andere Personen in der Meinung vorgenommen haben, damit eine dem praedium dominans zustehende Servitut oder den Rechtsstoff einer solchen auszuüben.[1])

Jeder Besitzer des praedium dominans kann solchergestalt den Schutz des Interdicts gegen Störung fernerer Rechtsausübung erwerben; auch der Precarist, aber auch der Usufructuar und der Usuar. Für den dominus erwerben diese non domini den Interdictenschutz nur, wenn dem dominus selbst der Besitzwille beiwohnt und er demselben Realisirung verschafft hat. Die Besitzhandlungen werden solchenfalls zusammengerechnet.

Auch in dem Falle findet eine Zusammenrechnung der Ausübungshandlungen statt, wenn der Besitzer nach ein- oder mehrmaligem usus iuris das praedium dominans veräußert, es precario weggegeben, einem Anderen einen ususfructus oder usus daran bestellt hat, und wenn die Ausübung vom Successor, Precaristen, Usufructuar oder Usuar fortgesetzt worden ist. Der Successor, der Precarist, der Usufructuar und der Usuar haben das Interdict sogar dann, wenn die in dem dreißigtägigen usus bestehende Voraussetzung des Interdicts in der Person ihres Auctors vorhanden ist, und sie selbst überhaupt keine Ausübungshandlungen vorgenommen haben. Das Gleiche gilt vom Erben betreffs der Ausübungshandlungen des Erblassers.[2]) Paulus nennt das Interdict, wenn

---

[1]) l. 1 § 7 de it. — Diese Personen brauchen nicht einmal den Herrn des fundus dominans zu kennen. Aber freilich dürfen sie auch nicht ausschließlich in ihrem eigenen Interesse handeln wollen. Solchenfalls sind sie nur in der Lage, für sich selbst, nicht für den Herrn des fundus dominans, das Interdict zu begründen. (l. 1 § 8 ib.)

[2]) l. 3 §§ 6—10., l. 5 § 2 ib.

der Successor den usus des Weges anspricht, in Bezug auf welchen dreißigtägige Benutzung durch den Auctor vorliegt, ein i. adipiscendae possessionis.[1]) Dem Juristen gilt also die erste Ausübungshandlung des Successors als der Besitzerwerbungsact. Die fragliche Qualification ist übrigens ohne Consequenzen. Man könnte mit gleichem, vielleicht besserem Recht, wenn es darauf ankäme, die Analogie des Sachbesitzes geltend zu machen, das dem Recht der Servitut entsprechende, durch den wiederholten usus hergestellte Verhältniß der beiden Grundstücke zu einander als Besitzstand qualificiren nnd demgemäß das Interdict auch in dem gedachten Falle als Schutzmittel eines vorhandenen Besitzes bezeichnen.

Ist der Besitzer des praedium dominans durch ein Naturereigniß, durch menschliche Gewalt oder durch ähnliche Umstände gehindert worden, in dem letzten Jahre an dreißig Tagen den usus iuris vorzunehmen, so wird er durch restitutio in integrum in die Lage gebracht, auf dreißigtägigen usus des vorangegangenen Jahres das Interdict zu gründen.[2])

Das Interdict findet nicht blos gegen den Besitzer des praedium serviens, sondern gegen Jeden statt, welcher der Ausübung in den Weg tritt. Es reagirt gegen jede prohibitio usus.[3]) Unter den Begriff des prohibere fällt eine jede Manifestation des Willens, den usus nicht zu dulden, vorausgesetzt, daß der Besitzer des praedium dominans erwarten kann, der Gegner werde seinen Willen durch die That beweisen. Denn wenn es in der l. 3 pr. de itin. heißt: qui prohibitus utitur, clam utitur, so kann unter dem prohibitus füglich nur der verstanden werden, der sich an das ihm bekannte Verbot des Anderen nicht kehrt. Wenn aber ein Handeln gegen Verbot dem usus den Makel der clandestinitas aufdrückt, so muß es für den Besitzer des praedium dominans ein Mittel geben, um den Makel zu beseitigen. Dies Mittel bietet das Interdict.

Auf der anderen Seite ist das Interdict in der Art begrenzt, daß es dem Besitzer des praedium serviens keine Schranken in der Benutzung seines Grundstücks auflegt, auch wenn durch die Benutzung der usus iuris gehindert oder erschwert wird. Der Besitzer des

---

[1]) l. 2 § 3 de interd.
[2]) l. 1 § 9 de itin.
[3]) l. 3 § 5 ib.

praedium dominans ist in solchen Fällen auf den Weg der actio confessoria verwiesen. Damit steht in Verbindung, daß das Interdict auch versagt wird, wenn es sich darum handelt, das praedium serviens durch Ausbesserung des Weges in dem Stande zu erhalten, daß es dem praedium dominans dem Rechtsstoff der Servitut entsprechend dienen könne. Hier wird ein besonderes Interdict, das i. de itinere actuque reficiendo gegeben, welches außer dem usus iuris, wie ihn das i. de itinere actuque erfordert, den Beweis des servitutischen Rechts und gleichzeitig den des ius reficiendi erheischt. Die Versagung des i. de itinere, wenn die Ausbesserung des Weges in Frage ist, begründet Ulpian wie folgt: Qui — vult ire agere, tantisper, quoad de servitute constet, non debet de iure suo docere: quid enim perdit, qui eum patitur hoc facere, qui hoc anno fecit? enimvero qui vult reficere, aliquid novi facit neque debet ei in alieno permitti id moliri, nisi vere habet servitutem.[1])

Das Interdict enthält die ständige Einrede des usus vitiosus in der Weise, daß Handlungen, welche vi, clam, precario vorgenommen worden sind, den Schutz im ferneren Gebrauch des Weges nicht herbeiführen. Ist das Interdict durch dreißigtägigen fehlerfreien usus iuris einmal begründet, so schadet ein nachmaliger usus vitiosus nicht. Die Zulassung des Interdicts in solchem Falle wird durch folgenden Ausspruch des Paulus motivirt: nec enim corrumpi aut mutari, quod recte transactum est, superveniente delicto potest.[2]) Man wird aber allgemein anzunehmen haben, daß, wenn im letzten Jahre ein dreißigtägiger fehlerfreier usus stattgefunden hat, einzelne an anderen Tagen des letzten Jahres, auch wenn diese vor jenen dreißig Tagen oder zwischen denselben liegen, vorgekommene Gebrauchshandlungen, die an und für sich betrachtet als vitios angesehen werden müßten, der Zulassung des Interdicts nicht entgegenstehen. Die Gesammtheit der Ausübungshandlungen ist maßgebend. Es muß also da, wo die eine Hanlung vitios gewesen ist, und die späteren Handlungen sich nur als die Folge der vorangegangenen darstellen, das einmal durch das vitium dem usus aufgedrückte Gepräge unverändert bleiben. Wenn aber spätere sine vitio vorgenommene Handlungen mit vorangegangenen fehlerhaften nicht in der gedachten Beziehung stehen, ebenso

[1]) l. 3 §§ 11—14 ib.
[2]) l. 1 § 12., l. 2, l 6. de itin.

wenn vitiose Handlungen zwischen fehlerfreien vorgekommen sind, ohne daß damit den späteren der Stempel der Vitiosität aufgedrückt ist, also namentlich in dem Falle, wenn jene späteren Handlungen nicht vom Besitzer des praedium dominans selbst ausgegangen sind, so stehen die vitiosen Handlungen nicht der Zulassung des Interdicts entgegen. Sie bleiben nur bei Berechnung des dreißigtägigen usus außer Betracht.

Ueberall, wo der Interdicent Ausübungshandlungen seines Vorgängers zu Hilfe nehmen muß, um den dreißigtägigen usus herzustellen, ergreift die Succession auch die Fehlerfreiheit oder Vitiosität jener Ausübungshandlungen.

Eine besondere Bedeutung wird dem usus precarius beigelegt, wenn für das praedium dominans das Recht der Servitut selbst erworben worden ist, der Besitzer des Grundstückes dasselbe einem Anderen precario überlassen, und der Precarist den Rechtsinhalt der Servitut nach precario eingeholter Erlaubniß des Besitzers des praedium serviens ausgeübt hat. In diesem Falle steht dem dominus des praedium dominans das vitium im usus des Precaristen nicht entgegen. Der dominus hat, wenn das precarium rei seine Endschaft erreicht hat, das Interdict gegen eintretende Störungen in der Art, daß ihm die Ausübungshandlungen des Precaristen ohne das in dem precarius usus des Precaristen liegende vitium zu Statten kommen. Ulpian führt als Grund an, quia, sicuti me precarium rei meae non tenet, ita nec per te precario possidere intellegor.[1]) Dem dominus gegenüber, der das Recht der Servitut erworben hat, findet also die exceptio usus precarii überhaupt nicht statt. Dem Precaristen aber steht die Vitiosität seines usus auch beim Vorhandensein eines servitutischen Rechts entgegen.

Räumte der Beklagte die in dem dreißigtägigen usus bestehende Voraussetzung des Interdicts ein, so wird das im Edict bedingt formulirte Verbot der vis, wie beim i. uti possidetis, als ein unbedingtes erlassen worden sein. Ebenso scheint mir der Annahme nichts entgegenzustehen, daß, wenn die Vorfrage des dreißigtägigen usus bestritten war, die Vornahme der vis contra edictum, wie beim i. uti possidetis, vom Kläger erzwungen werden konnte in der Art, daß die Verweigerung der Vornahme der formalen vis den

[1]) l. 1 § 11 ib.

Antrag auf den Erlaß des unbedingt formulirten Interdicts, als eines i. secundarium, begründete. Das Verfahren würde sich dann bei den Wegeinterdicten ebenso gestaltet haben, wie bei dem gegen Besitzstörungen ohne gleichzeitigen Besitzanspruch des Störenden gerichteten i. uti possidetis. Auch fand, wie sich aus l. 3 § 3 de itin. ergibt, ein iudicium secutorium wegen der nach dem Erlaß des Interdicts fortgesetzten Störung des usus behufs Verurtheilung des Störers zum Schadensersatz statt.

Als das Extraordinarverfahren zum allgemeinen Proceßverfahren wurde, trat die Klage auf das, quanti ea res est, überhaupt an die Stelle des Interdictenverfahrens.

VI. Die Wasserinterdicte.

Für das ius aquaeductus existiren zwei Interdicte, das i. de aqua cottidiana für Wasserleitungen, die zu allen Jahreszeiten benutzt zu werden pflegen, auch wenn sie nicht ohne Aufhören benutzt werden [1]), und das i. de aqua aestiva für solche, deren man entweder in Folge ihrer Beschaffenheit nur im Sommer, d. h. vom Aequinoctium des Frühjahrs bis zu dem des Herbstes, sich mit Nutzen bedienen kann oder die man in Folge des auf den Sommer beschränkten Bedürfnisses nur im Sommer zu benutzen pflegt. [2]) Daneben wird noch ein utile interdictum de aqua hiemali gegeben, wenn unter entsprechenden Voraussetzungen eine Wasserleitung nur im Winter benutzt worden ist. [3])

Die Formel des ersteren Interdicts lautet: Uti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi non clam non precario ab illo duxisti, quominus ita ducas, vim fieri veto. Voraussetzung des Interdicts ist die in demselben Jahre, in welchem das Interdict nachgesucht wird, geschehene einmalige Oeffnung der auf dem praedium serviens befindlichen Wasserleitung, so daß das Wasser seinen Lauf nach dem praedium dominans in der dem Stoff des Rechts entsprechenden Weise so lange nimmt, bis die Leitung wieder geschlossen wird. Aber auch in dem Falle findet das Interdict statt, wenn die Leitung im vorangegangenen

[1]) l. 1 pr. §§ 2. 3. 4.
[2]) l. 1 §§ 29. 32., l. 6 ib.
[3]) l. 1 § 35 ib.

Jahre geöffnet worden ist, und das Wasser seitdem bis in das Jahr, in welchem das Interdict nachgesucht wird, auf das praedium dominans sich ergossen hat.[1])

Die Formel des i. de aqua aestiva enthält an der Stelle der Worte: hoc anno die Worte: priore aestate. Voraussetzung des Interdicts ist also die Benutzung der Wasserleitung in dem Sommer, welcher dem Jahre vorausgegangen ist, in welchem das Interdict nachgesucht wird. Aber utiliter wird das Interdict auch gegeben, wenn für den Nachsuchenden Veranlassung vorhanden ist, es noch in demselben Sommer, in welchem der Gebrauch der Wasserleitung geschehen, zu erbitten.[2])

Ein drittes Interdict wird für das ius aquaehaustus et pecoris ad aquam appulsus in folgender Formel ertheilt: Uti de eo fonte, quo de agitur, hoc anno aqua nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quominus ita utaris, vim fieri veto. Der usus iuris muß, wie bei dem i. de aqua cottidiana, in dem Jahre, in welchem das Interdict nachgesucht wird, erfolgt sein. Einmaliger usus genügt auch hier.[3])

Den Grund, aus dem bei dem ius aquaeductus im Gegensatze zu dem ius itineris viae actus einmaliger usus genügt, hat man darin finden wollen, daß die Natur des Rechtes, da das Wasser, wenn es einmal geleitet sei, von selbst fortlaufe, bis man es hindere, nur eine ursprünglich einmal dagewesene menschliche Thätigkeit mit sich bringe.[4]) Wie soll aber dann erklärt werden, daß auch das ius aquaehaustus et pecoris ad aquam appulsus bei nur einmaliger Ausübung possessorisch geschützt wird? Der allen gedachten Wasserservituten gemeinsame Grund möchte darin zu finden sein, daß bei denselben der einmalige usus als ein genügend klarer Ausdruck des Willens gelten kann, das praedium, dem das Wasser entnommen wird, dem Stoff eines servitutischen Rechts gemäß zum praedium serviens zu machen. Gegen die Möglichkeit einer allzu leichten Beschwerung des praedium serviens ist durch die Bestimmung Vorsorge getroffen, daß die fraglichen Interdicte nicht blos den animus

---

[1]) l. 1 § 21 ib.
[2]) l. 1 § 36 ib.
[3]) l. 1 pr. de fonte.
[4]) Huschke, tüb. krit. Zeitschr. Bd. 2 S. 362.

iuris, sondern auch die opinio iuris, nicht blos die Absicht, den Stoff des fraglichen Rechts wie ein Recht auszuüben, sondern auch den guten Glauben des Ausübenden voraussetzen.[1]) Es ist also ein dem Besitzschutz sonst fremdes Element den Erfordernissen der Interdicte beigesellt worden. Die scheinbare Anomalie beweist wiederum, daß man weit entfernt gewesen ist, die Voraussetzungen des Schutzes der rei possessio und des usus iuris nach einem Principe zu regeln. Dem fraglichen Erforderniſſe scheint mir vielmehr derselbe Gedanke wie dem des dreißigtägigen usus bei dem i. de itinere actus viae zum Grunde zu liegen: die Interdicte waren ursprünglich darauf berechnet, den usus iuris zu schützen, wenn nach den Umständen auf ein Uebereinkommen der betheiligten Grundstücksbesitzer geschlossen werden konnte dahin, daß das eine Grundstück dem anderen dem Stoff des fraglichen servitutischen Rechts entsprechend dienen sollte.

Wie bei den Wegeservituten so haben auch bei den Wasserservituten der Universal- und der Singularsuccessor die Interdicte auf Grund des vom Vorgänger ausgeübten usus.[2]) Da die Wasserservituten auch als Personalservituten möglich sind, so hat der Verkäufer des Grundstücks, zu dessen Gunsten der usus bis dahin stattgefunden, nach geschehener Veräußerung des Grundstücks auch für seine Person Anspruch auf possessorischen Schutz, wenn er dem usus eine andere Bestimmung geben will.[3]) Voraussetzung ist, daß durch die veränderte Bestimmung eine größere Belastung des praedium serviens nicht stattfindet.

Die in Rede stehenden Interdicte sollen nicht blos gegen eine thätlich, wörtlich oder durch symbolische Handlung erfolgte Verwehrung des usus Schutz geben, sondern auch dazu dienen, den Besitzer des praedium serviens an einer Benutzung des Grundstücks zu hindern, durch die das Wasser der Quantität nach verringert oder der Qualität nach verschlechtert wird, mit der sich also der usus, wie er bis dahin stattgefunden hat, nicht verträgt.[4])

Mit dieser Bedeutung des Besitzstandes steht in Verbindung, daß der possessorische Schutz sich auch auf die adminicula iuris, welche

---

[1]) l. 1 §§ 10. 19 de aq. cott.
[2]) l. 1 § 37 ib.
[3]) l. 1 § 12 ib.
[4]) l. 1 § 27 ib.

in der Instandhaltung des der Servitut dienenden Wasserlaufs oder Wasserbehälters bestehen, erstreckt. Zu diesem Zwecke ist für das ius aquaeductus das interdictum de rivis nach folgender Formel bestimmt: Rivos specus septa reficere purgare aquae ducendae causa quominus liceat illi, dum ne aliter aquam ducat, quam uti hoc anno (priore aestate) non vi non clam non precario a te duxit, vim fieri veto.[1]) Für das ius aquaehaustus et pecoris ad aquam appulsus wird das i. de fonte in nachstehender Formel gegeben: Quo minus fontem, quo de agitur, purges reficias, ut aquam coercere utique ea possis, dum ne aliter utaris, atque uti hoc anno non vi non clam non precario ab illo usus es, vim fieri veto.[2]) Den Grund der Ausdehnung des Besitzschutzes auf die adminicula iuris gibt Venulejus dahin an: non — tam necessariam refectionem itinerum quam rivorum esse, quando non refectis rivis omnis usus aquae auferretur et homines siti necarentur. et sane aqua pervenire nisi refecto rivo non potest: at non refecto itinere difficultas tantum eundi agendique fieret, quae temporibus aestivis levior esset.[3])

Die auf die Wasserservituten bezüglichen Interdicte können, wie die Wegeinterdicte, gegen einen jeden Prohibenten, nicht blos gegen den Besitzer des praedium serviens, erhoben werden.[4]) Bei dem ius aquaeductus sind, wenn mehre den usus ansprechen, Collisionen möglich, bei denen Jeder dem Anderen als Prohibent gegenübersteht. Dadurch ist die Duplicität des i. de aqua bedingt, von welcher in der l. 1 § 26 de aq. cott. die Rede ist: Si inter rivales, id est, qui per eundem rivum aquam ducunt, sit contentio de aquae usu, utroque suum usum esse contendente, duplex interdictum utrique competit.

Die fraglichen Interdicte sind sämmtlich prohibitorischer Natur. Vom i. de aqua heißt es in der l. 1 § 1 de aq. cott., daß es bisweilen auch restitutorisch sei. Dies hat nicht die Bedeutung, als könne der Beklagte mit dem Interdict angehalten werden, etwas zu thun. Die Qualification ist vielmehr auf einen ähnlichen Grund zurückzuführen, wie der Satz, daß das i. de itinere actuque

---

[1]) l. 1 pr. § 1 de rivis.
[2]) l. 1 § 6 de fonte.
[3]) l. 4 de rivis.
[4]) l. 1 § 25 de aq. cott.

privato unter gewissen Voraussetzungen ein i. adipiscendae possessionis sein könne. Wie bei dem letzteren der Interdicent auf den von seinem Auctor oder Erblasser vorgenommenen usus iuris sich berufen kann, um, auch wenn er selbst noch keinen fehlerfreien Ausübungsact vorgenommen hat, für sich Schutz im usus iuris zu erhalten, ebenso kann bei dem i. de aqua der Interdicent sich auf das durch einmaligen usus iuris hergestellte quasipossessorische Verhältniß berufen, auch wenn nachmals der usus iuris durch den Besitzer des praedium serviens mit Erfolg verhindert worden ist. In den gedachten Qualificationen mögen sich Anfänge der Ausbildung einer Theorie vom Erwerb und Verlust der quasi possessio ausprägen. Weitere Bedeutung haben sie nicht, und die Theorie, daß die quasi possessio mit dem einmaligen usus iuris erworben und bei Verhinderung des usus verloren werde, ist erst im Mittelalter ausgebildet worden.

Das Verfahren in iure und in iudicio hatte bis zum Wegfall der Trennung von ius und iudicium dieselbe Gestalt, wie beim i. de itinere, beziehungsweise, wenn das Interdict als duplex ertheilt wurde, wie beim i. uti possidetis. Seitdem fand eine actio ex causa interdicti auf das Interesse statt.

VII. Das interdictum de cloacis.

Ein ganz singuläres Rechtsmittel ist das i. de cloacis. Die Formel desselben ist folgende: Quominus illi cloacam, quae ex aedibus eius in tuas pertinet, qua de agitur, purgare reficere liceat, vim fieri veto. [1]) Voraussetzung des Interdicts ist das Vorhandensein eines Abzugscanals, durch welchen der Unrath von dem einen Hausgebiete durch ein anderes fortgeleitet werden kann. Der Gebrauch des Canals zur Ableitung des Unraths wird nicht erfordert. Die Anlage des Canals ist für sich allein der Grund des possessorischen Schutzes. Das Interdict steht in diesem Punkte nicht mit den übrigen speciellen Servituteninterdicten auf gleicher Stufe, sondern mit dem i. uti possidetis in dessen Anwendung zum Schutz äußerer Vorrichtungen, welche dem Zweck der Servitut dienen oder in deren Vorhandensein die Ausübung der Servitut besteht. Aber es unter-

[1]) l. 1 pr. de cloac.

scheidet sich auch von diesem Interdict darin, daß bei ihm keins der vitia possessionis den Stoff einer Einrede bilden kann.[1])

Der Zweck des Interdicts ist die Erhaltung des Abzugscanals in brauchbarem Stande, aber freilich nur in der Weise, daß der Besitzer des praedium dominans fordern kann, daß ihm die Reinigung oder Ausbesserung der Vorrichtung gestattet werde.[2]) Das Interdict ist also ein prohibitorisches, indem der Besitzer des praedium serviens gehindert werden soll, der Reinigung oder Ausbesserung durch den Besitzer des praedium dominans in den Weg zu treten. Gegen eine Zerstörung der Vorrichtung durch den Besitzer des praedium serviens oder einen Dritten oder gegen Herrichtung von Anlagen, durch welche dieselbe unbrauchbar gemacht wird, gibt das Interdict keinen anderen Schutz als den, der in der Gestattung der Wiederherstellung der Vorrichtung und in der Beseitigung der angebrachten Hindernisse seines Gebrauchs durch den Besitzer des praedium dominans liegt.

Das Interdict wird dem Besitzer des Hausgrundstücks gegeben, von welchem aus der Abzugscanal geleitet ist, und es geht gegen den Besitzer jedes der Grundstücke, durch welche der Canal führt, seien dies Hausgrundstücke oder andere.[3]) Den Worten der Edictsformel: ex aedibus eius in tuas ist gefolgert worden, daß das Interdict nur von dem Eigenthümer und dem Usufructuar und gegen dieselben angestellt werden könne, da auf diese Personen allein der Sprachgebrauch des meum et tuum esse (l. 1 pr. §§ 4. 5. de arb. caed.) Anwendung finde.[4]) Dieser Annahme stehen überwiegende Gründe entgegen. Man müßte nach derselben die auf das i. uti possidetis bezüglichen Worte des prätorischen Edicts „de cloacis hoc interdictum non dabo" dahin auffassen, daß der Prätor für nothwendig gehalten hätte, das für die Cloaken gegebene Interdict an ganz besonders erschwerte Voraussetzungen zu knüpfen. Dafür ist ein rechtspolitischer Grund aber nicht zu finden. Im Gegentheil scheint grade das öffentliche Interesse zu fordern, daß die Instandhaltung der Abzugsgräben von möglichst leichten Bedingungen abhängig gemacht werde. So hat

---

[1]) l. 1 § 7 ib.

[2]) l. 1 § 5 ib.

[3]) l. 1 §§ 8—11 de cloac.

[4]) Schmidt (von Ilmenau) in der Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. 15 III. — Elvers, Servitutenlehre S. 828 f., und Brinz, Pand. Bd. 1 S. 94 f., haben die Ansicht Schmidt's mit guten Gründen bekämpft.

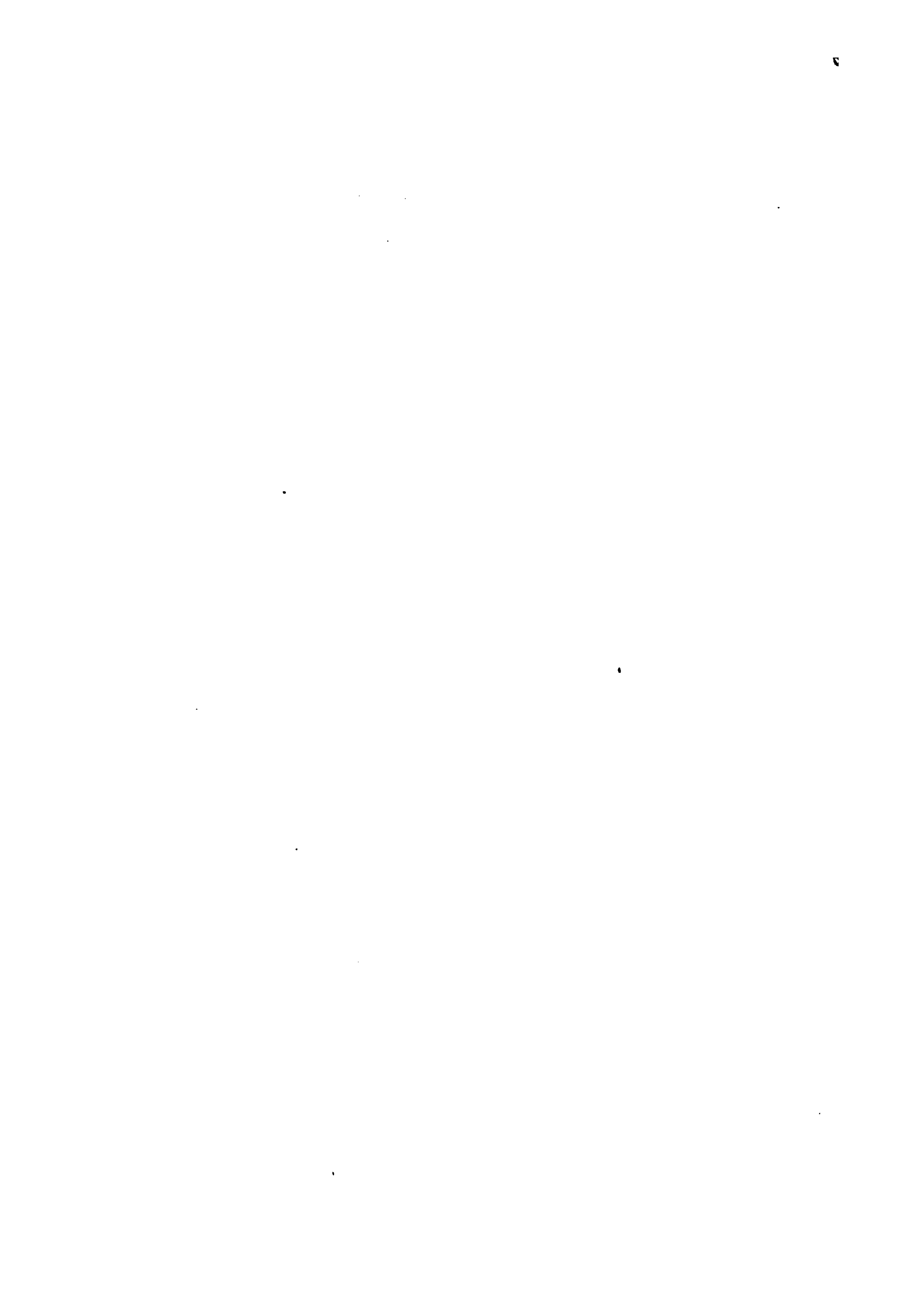
auch Ulpian die Sache angesehen, indem er in der l. 1 § 7 de cloacis die exceptio usus vitiosi darum für unstatthaft erklärt, quia — cloacarum refectio ad publicam utilitatem spectare videtur. Man wird also trotz des übrigens nicht bestreitbaren Sprachgebrauchs des meum und tuum die betreffenden Interdictsworte nicht dahin auffassen können, daß der Kläger, um obzusiegen, bei dem Bestreiten des Beklagten nachweisen müsse, er sei Eigenthümer oder Usufructuar des praedium dominans und der Beklagte sei Eigenthümer oder Usufructuar des praedium serviens. Man wird vielmehr das Interdict activ und passiv nur von dem Vorhandensein eines Besitzes, wie ihn das i. uti possidetis erfordert, abhängig zu machen haben.

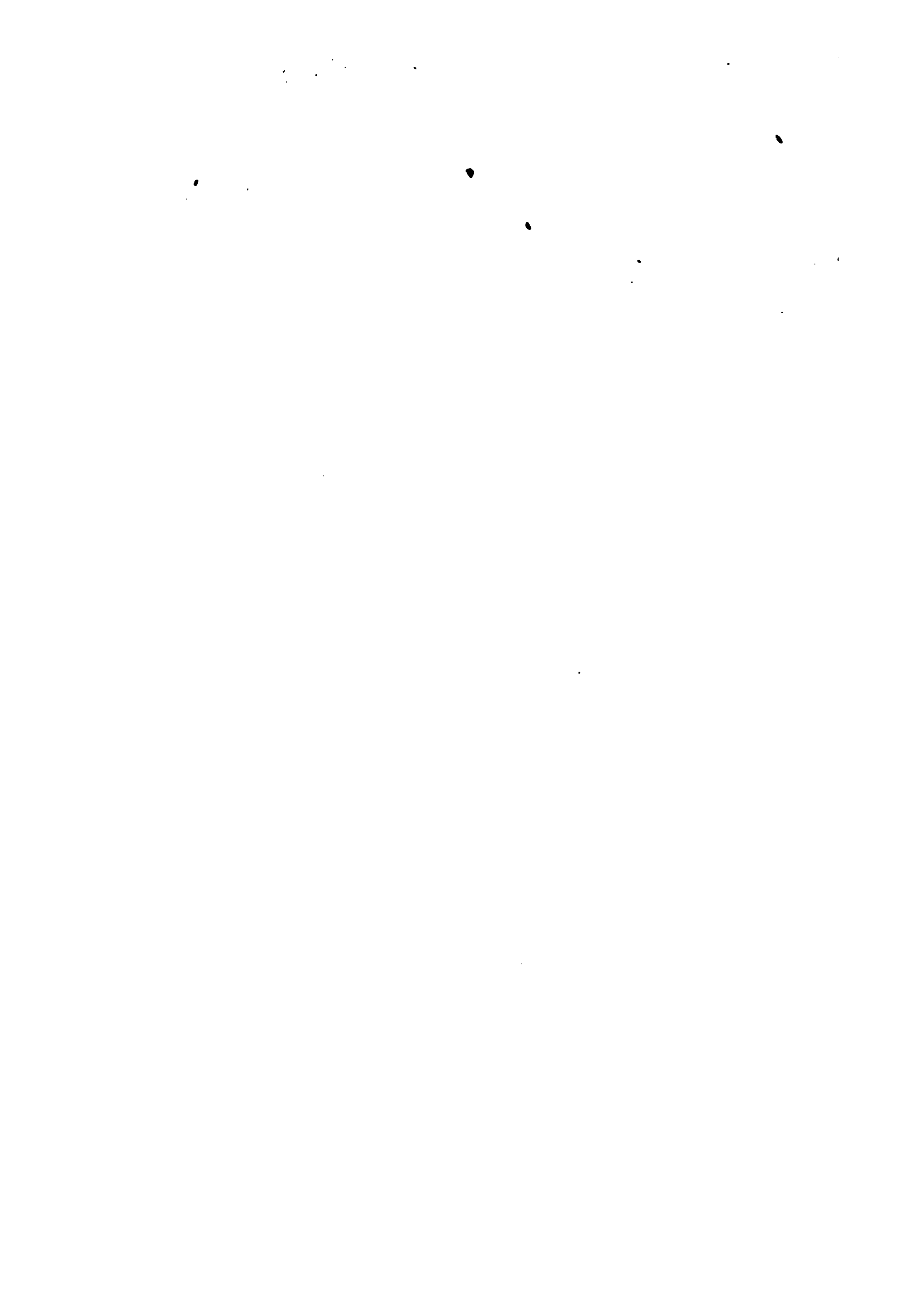
Druck von Troitzsch & Ostertag in Berlin.

Berichtigungen und Zusätze.

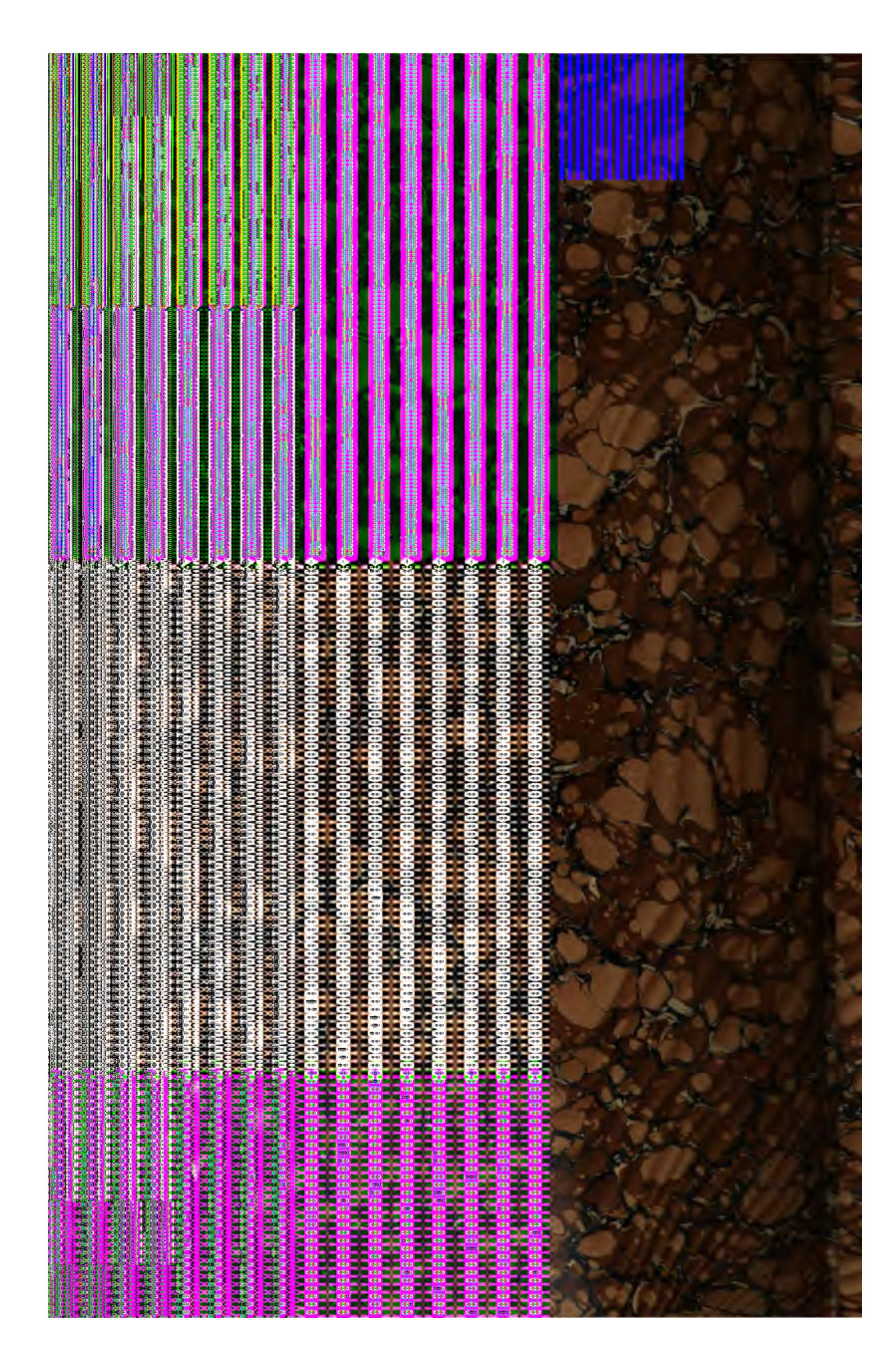
S. 29 Z. 4: iudicio statt indicio.
„ 45 „ 13 v. u.: zwischen „daß" und „wenn" ein Komma zu setzen.
„ 49 „ 10: unde statt undi.
„ 54 „ 10 v. u.: Privatgrundstücke.
„ 55 „ 4 v. u.: Quiritium.
„ 66 „ 13 v. u.: scheine statt schienen.
„ 69 „ 11: i. unde vi statt in unde vis.
„ 71: die obersten drei Zeilen zu streichen; Z. 4: deren statt dessen.
„ 80 Z. 4 v. u.: ihnen statt ihm.
„ 91 „ 4. 7. 12 und S. 92 Z. 6 v. u.: Trebatius statt Trabatius und bez. Neratius.
S. 93 Z. 12 v. u.: Restipulation.
„ 95 „ 5: haben statt habe.
„ 97 „ 2: [1]) statt [20]).
„ 97 Note Z. 3 v. u. fehlt zwischen „Interdicte" und „gleich" das Wort „zustehen."
„ 110 Z. 3 v. u.: Stelle statt Rede.
„ 111 „ 14 v. u.: Gestattung.
„ 114 Note und S. 115 Note 2 und 5: retin. statt amitt.
„ 117 Note 5: III. statt II.
„ 119 Z. 5: am Schluß beizufügen: exercit. 18 cap. 2 § 6.
„ 130 „ 5: er statt es.
„ 131 „ 4 v. u.: Besitze statt Besitzer.
„ 132 „ 16 v. u.: daß statt das.
„ 133 Note 3 Z. 8 v. u.: mehren statt wahren.
„ 134 Z. 2: iustus statt iniustus.
„ 135 „ 5: ältere statt älteren.
„ 139 Note 1: unde vi.
„ 146 Z. 16 v. u.: einem Beschluß des lateranensischen Concils.
„ — „ 13 v. u.: germanischrechtlichen.
„ 147 „ 3: durch statt auf.
„ 148 Note 3 Z. 2 v. u.: hinter ecclesiae einzuschalten concedatur.
„ 151 Note 1 Z. 1 a. E.: cap. 6. 7 und Z. 5 statt „Struvius (exercit. ad pand. 42)" zu setzen: „Peter Müller, Noten zu Struvius exercit. ad pand. 42 VI a." — Note 2 hinter poss. einzuschalten anteludia.
„ 152 Z. 4: quia, qui hanc habet, etc.
„ 154 Note: § 6 statt § 5.
„ 155 Note: de pace publ. lib. I cap. 16 Nro. 16.
„ 157 Note 1: hinter poss. einzuschalten summaria.
„ 159 Z. 3: relicta, Z. 13: fundat, Z. 3 v. u. hinter accedo ein Komma zu setzen.

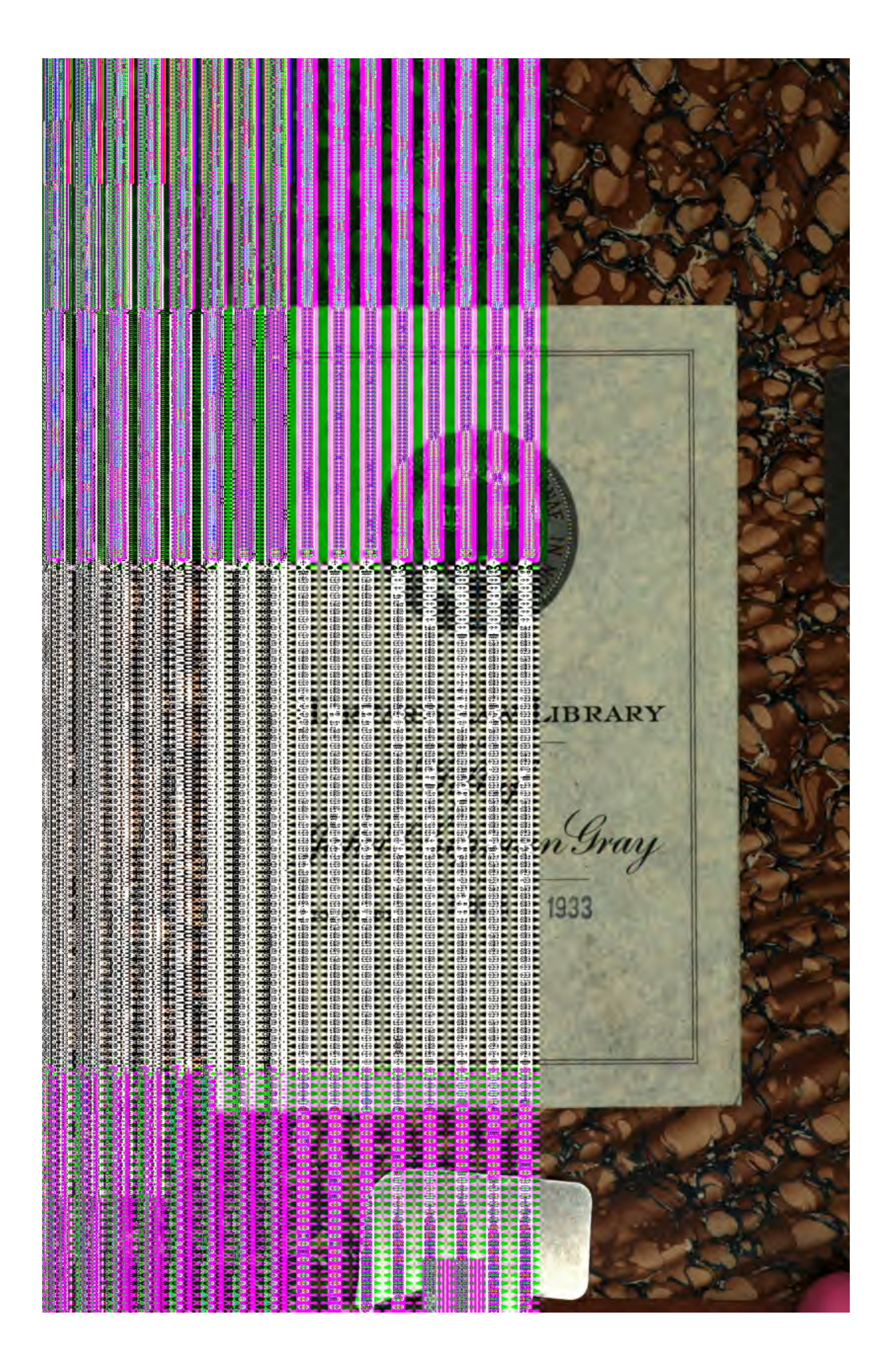
S. 164 Note 3 Z. 3: admisciren.
„ 166 Note 1 Z. 1 v. u.: Gegner statt Kläger.
„ 168 Note 4 Z. 2: hinter „hierüber" ein Komma statt des Punctes.
„ 169 Z. 5: Rechtsmittel.
„ 170 „ 3 v. u.: Hugolinus.
„ 172 „ 7: Vorzuge statt Verzuge.
„ 173 Note Z. 10: hereditatis u. Z. 11: verpflichtet.
„ 174 Z. 8: betraf statt bedarf.
„ 175 „ 11: actueller.
„ 185 „ 16: unredlicher statt unordentlicher, und Z. 6 v. u.: aufzufassen.
„ 189 „ 13 v. u.: lange statt langen, Z. 8 v. u.: Schlusses.
„ 201 „ 11 v. u.: käme statt kommt.
„ 212 „ 17: seiner statt seinem.
„ 243 „ 10 v. u.: sprechen statt spricht.
„ 246 Note Z. 8 fehlt hinter „herleiten" das Zeichen ".
„ 248 Z. 17 v. u.: dem Kläger statt ihm.
„ 256 „ 5 fehlen zwischen „Sachen" und „von" die Worte „zu ihrer Unterscheidung."
S. 259 Z. 3 v. u.: ambiguum.
„ 283 „ 15 v. u.: ratam statt ratum.
„ 311 „ 13 v. u.: den statt der.
„ 312 „ 6: Order.
„ 314 „ 8: die statt der.
„ 320 „ 12 v. u.: hingegeben statt hingetreten.
„ 329 „ 8: eine statt ein.
„ 330 Note Z. 5: spol.
„ 334 Z. 2 v. u.: hinter „wird" ein ? zu setzen.
„ 353 „ 17 v. u.: hinter „causa" das Komma zu streichen.
„ 365 zu Note 1 zu ergänzen: Die Regierungsmotive (S. 32) geben der Ersitzung noch Raum. Förster (Grundbuchr. S. 96) scheint anzunehmen, daß die Grundbuchordnung der Ersitzung gegenüber sich eben so verhält, wie das sächsische Gesetzbuch (vgl. S. 367).
„ 384 „ 15: zehn- und zwanzigjährige —.
„ 399 Note 1: tract. statt fract.
„ 404 zu Z. 19 zu ergänzen: Anm. Vom Recht am Amte ist das Recht des Beamten auf bestimmte Gehaltsbezüge zu unterscheiden. Hier findet der Rechtsweg statt, aber kein Besitzschutz.










LIBRARY
Gray
1933

